

MECELLENİN KÜLLİ KAİDELERİ

MUKADDİME

İki makaledir.

Birinci Makale: Fıkıh ilminin tarifi ve taksimi hakkındadır.

“İlim” mutlak idrak manasındadır. Eğer bir önermedeki hüküm izan yani anlayış yoluyla biliniyorsa tasdik, böyle değilse tasavvur söz konusudur.

Fıkıh, lügat olarak anlamak manasındadır. Tarif ve taksimle ilgili konular ve ayrıntıları, mantık ve münazara ilminin konuları içerisinde yer alır.

“Fıkıh ilmi” usulde, genelin özele izafe edilmesi kabilinden olarak, isim tamlaması olup, daha sonra fıkıh ilmine isim kılınmıştır. Bu gibi isimler ilimlerin isimlerinde muzaf ve muzafun ileyi birlikte zikretmek caiz olduğu gibi yalnız muzafun ileyh ile yetinilerek “fıkıh” demek de caizdir.

Madde 1- İlm-i fıkıh, mesail-i şer’iyyeyi ameliyyeyi bilmektir.

Fıkıh ilmi gibi bir ilmin ismi olan ilim üç manaya gelir. İlk olarak: O ilmin meselelerini anlamak manasına gelir. İkinci olarak: Konu ve kuralların kendisi manasına gelir. Üçüncü olarak: Konu ve kuralları anlamamanın tekrarlamasından hasil olan meleke manasına gelir. Mesela, “fıkıh ilmi, konuları anlamak manasına gelir ki, Mecelle’nin söz konusu birinci maddesinde, “İlm-i fıkıh, mesail-i şer’iyyeyi ameliyyeyi bilmektir” diye tarif olunmuştur. Buna benzer şekilde uygulamaya yönelik şer’î konuların aslına ve söz konusu konularla ilgili anlayışın tekrarlanmasından hasil olan melekeye de aynı isim verilir.

“Mesail”, “mesele”nin çoğuludur. “Mesele”, bir matluba denilir ki onu ispat etmek için ilgili olduğu ilimde ona delil getirilir. Ve o ilimden maksud olur.

“Şer’iye” şer’a mensup demektir ki şer’den kaynaklanan ve şâri’in hitabına bağlı olandır. “Ameliye”, amelle mensup anlamında olup amelînin keyfiyeti ile ilgili hükümlerden ibarettir.

Şer’î hükümler yani şer’den kaynaklanan ve şâri’in hitabına bağlı olan hükümler iki kısımdır. Birisi, amelle ilgili, diğeri itikatla ilgilidir. Bunlardan birincisine fer’î ve amelî hükümler, diğesine aslî ve itikadî hükümler denilir.

Fer’î ve amelî hükümlerden bahseden ilme “fıkıh ilmi” ve “şeraiyî ve ahkam ilmi”; aslî ve itikadî hükümlerden bahseden ilme ise “tevhid ve sıfat ilmi” verilir.

Fer’î ve amelî hükümler, akıl ve büluğa ermiş mükellef denilen insanların fiillerine ilişkin vücup, sıhhat, haram, fesad gibi hükümlerden ibarettir. Bu hükümleri açıklayan meselelere fikhî ve şer’î meseleler denilir. Bu tanımda “şer’î meseleler” kaydıyla kayıtlı olduğundan, aklî ve ıstılahî meseleler ve “ameliye” kaydıyla kayıtlı olduğu için de itikadî ve usulî meseleler hariç olarak, söz konusu tanım geçerli olur.

Fıkıh ilminin konusunu ve yüklemelerini (mahmulat) de bilmek gerekir. Bir ilmin konusu o ilimde kendisinin zatî a’razlarından bahsedilen şeydir. Fıkıhın konusu, mükellefin fiili ve yüklemi

ise sıhhat, fesad, vücup, haram, mendup, mübah gibi hükümlerdir. Mükellef, akıllı ve bülüğa ermiş kimsedir. Deli ve çocuk gibi mükellef olmayanların fiillerinden fıkıh ilminde bahsedilmesi veli ve vasileri itibariyledir. Mesela, bir delinin bir kimsenin malını itlaf etmesi halinde onun malından telef olan şeyin tazmin edilmesi teklifi, delinin veli veya vasisine olur.

Mükellef olan insanın her bir fiili için bir şer'î hüküm olduğundan ve dar-ı teklif daim oldukça olayların kesilmesi kabil ve bunların cüz'i olarak hükümlerini zapt etmek mümkün olmayacağından, hukukçular mükellef olan insanların fiilleriyle bunlara ilişkin hükümleri birer kavaid-i külliye kılmışlardır ki konuları mükelleflerin fiilleri ve yüklemeleri mübahlık, mekruhluk, vaciplik ve haramlık gibi şer'î hükümlerdir. Söz konusu külli kaideler, fıkıh ilminin konuları içindedir. Mesela, "madumun¹⁰⁶ beyi batıldır" hükmü, bir fikhî mesele olup bunun konusu olan satım sözleşmesi, mükelleflerin fiillerinden bir fiil ve yüklemi olan butlan, mükellefin fiilinin zatî arazlarından ve şer'î hükümlerinden bir hükümdür.

Şurası da biline ki, fikhî meseleler bazen mesele şeklinde olmayarak ve bazen de şartlı bir önerme olarak zikrolunur. Ancak mesele şeklinde olmayan yüklemli önermeyi ve şartlı önermeyi mesele şekline çevirmek işi bilen kimse için güç değildir. Mesela, "sözleşmenin tarafları, karşılıklı rızaları ile satım sözleşmesini ikale¹⁰⁷ edebilirler" denildiği halde bu bir fikhî meseledir. Fakat doğrudan doğruya mesele şeklinde zikrolunmamıştır. Çünkü zikr olunan önermede, mükellefin fiili olan ikale mevcut ise de şer'î hükümlerden biri bulunmadığı için doğrudan doğruya mesele olmayıp belki mesele şekline ve suretine çevirmeye muhtaçtır. Bu önerme "sözleşmeden sonra tarafların rızalarıyla satımı ikale etmeleri sahihtir" şekline çevrilmiş olursa, konusu mükelleflerin fiillerinden ve yüklemi de şer'î hükümlerden bir fikhî mesele olur.

Bunun gibi "bey'-i mutlak ile satılan bir malın önceden kalma bir ayıbı ortaya çıkarsa müşteri muhayyer olur" önermesi, fikhî mesele meyanında zikr olunmakta ise de doğrudan doğruya fikhî mesele olmayıp, bir şartlı önermedir. Şartlı önerme ise aslında mesele olmaz. Ancak mezkur önerme "bey'-i mutlak ile satılan bir malın önceden kalma ayıbı ortaya çıktığında müşterinin muhayyerlik hakkı sabit ve sahihtir" şekline çevrilirse konusu olan seçim hakkı (hıyar) mükellefin fiillerinden ve yüklemi olan sahihlik ise şer'î hükümlerden olarak bir yüklemli önerme ve bir fikhî mesele olur. "Mesail-i fikihiye" yani fıkıh ilminin tanımında geçen şer'î meseleler, ilk olarak iki kısma ayrılır. **Ya emr-i ahirete teallük eder ki ahkam-ı ibâdâtır.** Oruç, namaz, hac ve zekata ilişkin şer'î hükümler gibi. Ve **Ya emr-i dünyaya teallük eder ki bu mesail üç**

¹⁰⁶ Madum: Sözlükte kaybolmuş, yok olmuş, mevcut olmayan anlamına gelen madum, fıkıh kitaplarının bey' ve akitler bölümünde geçmektedir. İslam hukukunda, her akdin kurulabilmesi için, bazı şartların bulunması gerekmektedir. Bunlardan birisi de, akde konu olan şeyin mümkün olması, mevcut, belirlenmiş ve akde konu olmaya elverişli yani meşru olması gerekir. Buna göre, mevcut olmayanın satımı veya hibe edilmesi, mevcut olmayan bir akarın kiraya verilmesi caiz değildir. Genel kaide bu olmakla beraber, insanların ihtiyacının bulunması ve hakkında nass bulunması sebebiyle, istisnai olarak, selem akdinde mevcut olmayan malın satımına izin verilmiştir. Aynı şekilde ısmarlamaya da izin verilmiştir. İbrahim Paçacı, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, s. 400.

¹⁰⁷ İ kale: Sözlükte "ahdi veya alışverişi bozmak, affetmek" gibi anlamlara gelen ikale, bir fıkıh terimi olarak, karşılıklı irade beyanı ile mevcut bir akdin bozulması demektir. İ kalede tarafların, bir baskı olmaksızın tam olarak akdi bozmaya razı olmaları gerekir. Taraflardan birinin akdi bozmak yönündeki teklifini, diğer tarafın aynı mecliste kabul etmesi üzerine ikale gerçekleşir. İ kale yapılabilmesi için, akdin konusunun mevcut olması gerekir. Mesela, satılan şey helak olursa ikale yapılamaz. Akdin konusunun bir kısmının helak olması halinde mevcut kısmında ikale yapılabilir. Bedelin helak olması ise, akdin ikalesine mani değildir. İ kale ile akit bağı çözülür. Bunun sonucu olarak da akdin doğurduğu neticeler ortadan kalkmış olur. İmamı Azam'a gör ikale, taraflar açısından fesih, üçüncü kişiler için ise yeni bir akittir. İmam Ebu Yusuf'a göre, herkes için yeni bir akittir. İmam Muhammed'e göre ise fesihdir. İbrahim Paçacı, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, s. 304.

kısmı yani münakehât ve muamelât ve ukubât kısımlarına taksim olunur. Evlenmek, alışveriş etmek ve yasak bir fiil işlemek gibi dünyaya ilişkin şer'i hükümler böyledir.

Şöyle ki Cenab-ı Hak bu nizam-ı alemin vakt-i mukaddere yani kıyamet gününe **dek bekasını irade edip bu** yani nizam-ı alemin sözkonusu vakte kadar devam etmesi **ise insanın bekasına ve** insanların ömürleri sınırlı olduğundan yaratılışın başında var olan insanların kıyamete kadar baki olmaları mümkün olmadığından **nev'in bekası** insanların karışmasına ve karışma ise **tenasül ve tevellüd için** insan türünün **zükür ve inasının** diğer biriyle **izdivacına menuttur.** Bu sebeple münakehâta ihtiyaç duyulmuştur.

Ve bir de nev'in bekası, eşhasın adem-i inkıtaiyledir. İnsan ise itidal-ı mizacı hasebiyle bekada yani hayatının devamında **gıda ve libas ve meskence umur-ı sınıaiyeye muhtaç olur.** Diğer canlılar gibi dağlarda biten otlarla veyahut terkib ve pişirmeye muhtaç olmayan basit gıdalarla gıdalanmasına ve elbiseye ve tabii meskenler ile yetinemez.

Bu yani sınıai işlerin ortaya çıkması **dahi efradı beyninde teavün ve iştirak husulüne tevakkuf eder.**

Elhasıl insan, medeniü't-tab' olduğundan sair hayvanat gibi münferiden yaşayamayıp bast ve bisat-ı medeniyet ile yekdiğerine muavenet ve müşarekete muhtaçtır.

Zira insan fertlerinden hiçbiri kendine lazım olan her şeyi yalnız başına yapmaya güç yetiremez. Mesela bir ekme yapmak için, demiri madeninden çıkararak eritip saban yapmak, sonra onunla tarlayı sürüp buğdayı ekme, yetiştiği zaman da biçmek ve döğmek ve öğütmek için lazım gelen alet ve edevatı ve ekme yapmak için fırını tedarik ederek bunların cümlesini meydana getirdikten sonra ekmeği bişirip yemek düşünülüyorsa insan kendisinin çeşitli ihtiyaçlarından yalnız birini bile tek başına yapamayacağı anlaşılır. Bu mukaddime ile de muamelât kısmına ihtiyaç olduğu ortaya çıkar. **Halbuki her şahıs kendüye mülayim olan şeyi talep ve kendisine müzahim ve uygun olmayan olan şeye gazap eder olduğundan beyinlerinde adl ve nizamın halelinden mahfuz kalması için gerek izdivaç ve gerek mabihi't-temeddün olan teavün ve iştirak hususlarında bir takım kavanin-i müebbede-i şer'iyeye muhtaç olur ki evvelkisi fikhın münakehât kısmı ve ikincisi muamelât kısmıdır. Ve emr-i temeddünün bu minval üzere payidar olması için ahkam-ı ceza tertibi lazım gelip bu dahi fikhın ukubât kısmıdır.** Bu tafsile göre fikh, ibadetler, münakehât (aile hukuku), muamelât (borçlar, ticaret, eşya hukuku vs) ve ukubât (ceza hukuku) olarak dört kısımdan ibarettir. Feraiz (miras) ayrı bir ilim kabul edildiğinden fikhın kısımları arasına dahil edilmemiştir. **İşbu muamelât kısmının kesirü'l-vuku' olan mesaili kütub-ı mutebereden cem' ile kitaplara, kitaplar bablara ve bablar fasıllara taksim olunmak üzere bu mecellenin telifine ibtidar olunmuştur. İşte mehakimde mamulün bih olacak mesail-i fer'iyeye bervech-i âti ebvab ve füsulde zikr olunacak mesaildir.** Ve fikh ilminden maksud olan ve elde edilmesi istenilen meselelerdir. **Ancak muhakkikin-i fukaha mesail-i fikhiyeyi bir takım kavaid-i külliyyeye irca etmişlerdir ki o külli kaidelerden her biri nice mesaili muhit ve müstemil olarak kütub-ı fikhiyede o külli kaidelerden her biri müsellemtan¹⁰⁸ yani tereddütsüz tasdik ve teslim olunan önermelerden olmak üzere kendisinin kuşattığı bu mesailin ispatı için delil ittihaz olunur.** Ve bu kaidelerin delilleriyle ispatı fikh ilminin konusudur.

Ve evvel emirde bu kavaidin tefehhümü mesaile istinas hasıl eder ve mesailin zihinlerde tekarrürüne vesile olur. Binaen ala zalik doksan dokuz kaide-i fikhiyeyi cem ile maksada şüru'dan mukaddem bervech-i ati makale-i saniye olmak üzere irad olunur. Ve eğerçi bunlardan yani külli kaidelerden bazıları münferiden ahz olundukda yani yalnızca mütalaa edilince **bazı müstesneyatı bulunursa da yekdiğerini tahsis ve takyid ettiklerinden min haysü'l-mecmu' külliyyet ve**

¹⁰⁸ Müsellemât: Müsellemât, mantıkta, karşı tarafça da doğruluğu kabul edilen önermelerdir. Mesela, fikh usulü kuralları bütün mezheplerce kabul edilen ortak kurallar olduğundan, Hanefi mezhebine mensup olan bir kimse Şafii mezhebine mensup bir kimseye karşı bu kuralları müsellemtan olarak ileri sürebilir.¹⁰⁸

umumiyetlerine hâlel gelmez. Mesela, “kadim kıdemi üzere terk olunur” kaidesi tek başına dikkate alınırsa bazı istisnaları bulunur. Fakat “zarar kadim olmaz” kaidesiyle sınırlandıktan sonra zarar olmayan her kadim kıdemi üzere bırakılır, demek olduğundan külliyyetine hâlel gelmez.

Makale-i Saniye

Kavaid-i Fıkhiye Beyanındadır

Madde 2-**Bir işten maksad ne ise hüküm ona göredir.**

Yani mükellef olan bir failin yaptığı **bir iş üzerine terettüp edecek şer’î hüküm**, mükellefin **o işten maksadı ne ise ona göre** vaki ve maksadın ihtilafıyla hüküm de muhtelif olur.

“Ameller niyetlere göredir”¹⁰⁹ hadis-i şerifinden çıkârlan bu kaide, fıkhıdaki kaidelerin pek çoğunu kapsadığından “aslü’l-asıl” denilebilir. Fakat bir şeyi kast etmek kalple ilgili ve insanın iç âlemiyle ilgili bir iş olup bunun doğruluğunu anlamak mümkün olmadığından “bir şeyin umur-ı batınede delili o şeyin makamına kaim olur” yani “hakikatına ıttıla’ müteasser olan umur-ı batınede delil-i zahiriysiyle hükmolunur” kaidesine göre bu gibi meselelerde fail-i mükellefin maksadı ne olduğunu zahirî bir delil ile anlayıp, bunun üzerine hüküm bina edilir.

Bu sebeple bir şahsın **lukata** yani yolda veya sair bir yerde sahibi belli olmayan bir mal bulsa bu lukatayı sahibi ortaya çıkınca ona vermek üzere yerden kaldırmaya şer’an mezundur. Bu fiili mübahtır. Lukatayı bu niyet ile aldıktan sonra kusuru olmaksızın yedinde zayi ve telef olsa onu bulan şahıs tazmin etmez. Zira 91. madde gereğince “cevaz-ı şer’i zamana münafidir”. Ancak lukatayı kendisine mal olmak kastıyla aldığı surette gasıp olup yedinde telef ve zayi olsa kendisinin kusuru olmasa bile tazmin eder. Fakat kasit, batınla ilgili bir iş olup, gerçekliğini anlamak zor olduğundan, daha önce açıklandığı gibi zahirdeki delili onun makamına kaim olur. Şöyle ki, lukatayı bulan, lukatayı yerden aldığı zaman yanında bazı kimseler bulunup onlara “ben bu lukatayı sahibine iade etmek için alıyorum. Eğer arayan olursa ya haber verin veya onu bana gönderin” diye yanındakileri şahit göstermesi veya yanında kimse bulunmadığı takdirde her ne zaman bulursa şahitler veya yazılı delille ya da başka bir vasıtayla “falan yerde şöyle bir şey buldum. Sahibi her kimse falan yere müracaat etsin” diye tanım ve ilanı, lukatayı sahibine iade etmek kastıyla aldığına delil olduğundan, kast makamına kaim olup hüküm ona bina olunur. Buna kârşılık böyle bir zahiri delil bulunmadığı halde kendisine mal olmak kastıyla kaldırdığına haml olunarak, gasp ve haram hükümleri verilir. İşte bu misalde fiil bir olduğu halde lukatayı bulan kimsenin kastının farklılığıyla birbirine uymayan iki hüküm verilir ki bir tazmin diğeri tazmin etmemektir.

Bunun gibi **vedia** alan kimse, kendisine koruması için bırakılan vediaı, vedia veren kimsenin izni olmaksızın giyip yine giymek kastıyla çıkardıktan sonra telef veya zayi olsa, kusuru olmasa bile tazmin eder. Eğer giymek kastı yoksa tazmin etmez. Vedia alanın, emanet olan elbiseyi giymesıyla değeri azalmış veya tamamen telef olmuş olsaydı, eksilen değeri veya bütün değeri tazmin etmesi gerekecekti. Ancak elbiseyi giyip değeri azalmadan veya telef olmadan üzerinden çıkarmasıyla vedia alanın tazminden kurtulması lazım gelirse de madem ki onu yine giymek

¹⁰⁹ Buhari, Bed’ü’l-Vahy 1, Itk 6, Menakıbu’l-Ensar 45, Nikah 5, Eyman 23, Hiyel 1; Müslim, İmaret 155, (1907); Ebu Davud, Talak 11, (2201); Tirmizi, Fedailu’l-Cihad 16, (1647); Nesai, Taharet 60, (1, 59, 60).

niyetiyle çıkarmıştır, o halde taaddi ve hükm-ü hilafın devamını iltizam etmiş olmasıyla yine tazmin etmesi gerekir.

Bu kasıt da geçmiş meselelerden olduğu üzere batınî bir iş olduğundan dıştaki delil, onun makamına kaim olur. Dıştaki delil ile bilinecek kasta göre hüküm verilir. Bunun gibi Mecelle'nin 1250. maddesi gereğince **"ihrazın kasta makrun olması lazımdır"**. Bu sebeple bir kimse yağmur suyu almak kastıyla bir kap koyduğunda o kap içinde toplanan yağmur suyu o kimsenin malı olur.

Bunun gibi su biriktirmek için inşa olunan havuz ve sarnıçtaki su, sahibinin malıdır. Hatta başka bir kimse o suyu kullanılmaz hale getirirse tazmin etmesi gerekir. Ancak bir kimsenin kasıt olmaksızın bir yere koyduğu kap içinde biriken yağmur suyu kendisinin malı olmaz. Başka bir kimse onu alıp, maliki olabilir.

Ve yine Mecelle'nin 1303. maddesinde açıklandığı üzere bir kimse av için bir yere ağ ve tuzak gibi bir şey koyup, bir av tutulsa o kimsenin malı olur. Fakat bir kimse ağını kurutmak için bir yere serip de ona bir av tutulsa onun malı olmaz.

Nitekim bir kimsenin arazisindeki çukura düşen avı diğer kimse alarak onun maliki olabilir. Ancak o arazi sahibi o çukuru av için kazmış ise o ava başkası malik olamaz.

Ve yine 1304. maddede görüleceği gibi bir yabancı hayvan bir kimsenin bahçesinde yuva yapmakla ve yumurtlamakla onun malı olmaz. Diğer bir kimse onun yumurtalarını veyahut yavrularını alsa bahçe sahibi geri alamaz. Fakat o kimse bahçesini yabancı hayvan gelip de yumurtlamak ve yavrulamak için hazırlamış ise gelip de yumurtlayan ve yavrulayan hayvanların yumurta ve yavruları kendisinin olur.

Bu örneklerin her birinde failin filinden maksadı değiştikçe hüküm de değişir. Zira bir işten maksat ne ise hüküm de ona göredir.

Madde 3- **Ukûdda itibar makasid ve maaniyedir, elfaz ve mebaniye değildir.**

"Ukud" akdin çoğuludur. Akd, 103. maddede tanımlandığı üzere iki tarafın bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir.

"Makasid", maksadın ve "maani" mananın ve "elfaz" lafzın ve "mebani" mebnanın çoğulu olup maani makasidın ve mebani elfazın atıf ve tefsirleridir.

Yani satım ve kira ve kefalet ve havale gibi şer'î akidlerde itibar sözleşmeyi yapanın maksat ve meramıdır.

Akdi inşa etmek için kullandığı sözlere değildir. **Binaen ala zalik** akidlerden olan **bey' bi'l-vefada rehin hükmü cereyan eder.**

Bey' bi'l-vefa, geri alım şartıyla satım sözleşmesi demektir. Yani bir kimse semenini geri verdiği takdirde geri almak üzere bir malı birine satmaktır ki bu satımda rehin hükümleri uygulanır.

Bu akid, her ne kadar tarafların "sattım" "aldım" demeleriyle kurulur ise de bu sözlerden anlaşıldığı gibi satım konusu malın müşteriye temlikî kast edilmeyip belki tarafların gerçek maksatları, malı satanın müşteriye olan borcunu teminata ve yazılı bir belgeye bağlamak olup, satılan malın geri alınması mümkün olacak şekilde bulundurmaktan ibaret olduğundan ve bu ise rehin demek olduğundan, bu sözleşmede rehin hükümleri uygulanır. Şöyle ki satıcı, müşteriye olan borcunu eda ile satılanı müşteriden geri alabileceği gibi müşteri de satılanı satıcıya geri vererek alacağını ondan isteyebilir. Nitekim rehin veren, rehin alana olan borcunu eda ile rehni geri alabilir.

Bey' bi'l-vefanın tanımı 118. maddede¹¹⁰ ve hükümleri Kitabü'l-büyu'un 396. maddesi ile başlayan altıncı faslında ve rehlin hükümleri Mecelle'nin beşinci kitabında yer almaktadır.

648. maddede zikrolunduğu gibi asilin yani borçlunun beraeti şartıyla akdolunan kefalet, havaleye dönüşür. Çünkü kefalet bir şeyin talep edilmesi hakkında zimmeti zimmete eklemekten ibarettir. Bu şekilde yani asilin beraeti şartıyla akdolunan kefalette ise asilin zimmeti beri olarak borç yalnız kefilin zimmetine taallük edeceği ve yalnızca ondan istenebileceği için bu şekilde akdolunan kefaletten maksat zimmeti zimmete eklemekten ibaret olmayıp belki borcu bir zimmetten diğer zimmete nakletmektir.

Kastedilen bu mana **havale** manası olup akidlerde itibar maksatlara olduğundan her ne kadar kefalet sözü kullanılarak akdolunmuş ise de kefalet havaleye dönüşür yani aslında havale olur.

Bunun gibi 649. maddede yazıldığı gibi havale eden borçlunun beraetinin yokluğu şartıyla olan havale kefalettir. Mesela, bir alacaklı boçluya "sendeki alacağımı sen dahi zamin olmak üzere falana havale et" dese ve medyun da o şekilde havale etse, talep eden hangisinden isterse ondan alır. Çünkü bu surette alacaklı alacağını gerek borçlu ve gerek havale edilen kimseden alabileceğinden, havale sözüyle yapılan bu sözleşmeden maksat alacağı bir zimmetten diğer zimmete nakl etmek olmayıp belki alacağın istenmesi hakkında zimmeti zimmete eklemekten ibaret olduğundan ve bu mana ise kefalet manası olup ukudda itibar makasid ve mebaniyeye olduğundan havale kefalete dönüşür yani aslında kefalet olarak kurulmuş olur.

Madde 4- **Şek ile yakîn zail olmaz.**

Şek (şüphe), bir şeyin meydana gelmesinde veya gelmemesinde iki taraf eşit olarak edilen tereddütten ibarettir. Bir şeyin meydana gelmesinde veya gelmemesinde kesin karar vermek veya zann-ı galip ile zannetmeye yakîn¹¹¹ derler ki şekkin kârşılığıdır. Yani varlığı yakın ile ispatlanmış olan şeyin, hilafına delil olmadıkça sadece şek ile o şeyin yokluğuna hükmolunamaz. Bunun gibi yokluğu yakın ile ispatlanmış olan şeyin, hilafına delil olmadıkça sırf şek sebebiyle o şeyin varlığına hükmolunamaz, demektir.

Zira yakın, şekden kuvvetli olduğundan, zayıf olan şek ile kuvvetli olan yakın zail olamaz ve ortadan kalkamaz. Ancak yakın, karşı bir yakınle zail olabilir.

Bu kaideden doğan fikhi meseleler pek çok ise de muamelât kısmından bir mesele ile gelecekte açıklanır.

1536. maddede geçtiği gibi ibra iki kısımdır.

Birisi **ibra**-yı iskat ve diğer ibra-yı istifadır. İbra-yı iskat, bir kimse diğer kimsede olan hakkının tamamını düşürerek veyahut bir miktarını indirerek o kimseyi beri kılmaktır. İbra-yı istifa, bir kimse diğer bir kimseden hakkını kabz ve istifa etmiş olduğunu itiraf etmekten ibaret olarak bir tür ikrardır.

¹¹⁰ Madde 118- "Bey' bi'l-vefa, bir kimse bir malı ahara semeni reddettikte geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmaktır ki müşteri mebi' ile intifa eylesine nazaran bey'i caiz hükmünde ve tarafeyn bunu feshe muktedir oldukları cihetle bey'i fasit hükmünde ve müşteri mebi'i ahara satamadığı cihetle rehlin hükmündedir."

¹¹¹ Yakın: %100 kesin olan bilgi. Mantıkta, yakine dayanan yani %100 kesin olan bilgiye iki şekilde ulaşılır: nazar ve bedihyat. Nazar, bilinen şeylerden bilinmeyene, akıl yürüterek ulaşmayı sağlar. Nazar yoluyla ulaşılan kesin bilgi için bilinmeyenler bilinenler kıyaslanmaktadır. Bedihi yakinde ise, kesinlik herhangi bir delile ihtiyaç duymayacak kadar apaçıktır. Mesela, "bütün, parçadan büyüktür" önermesi, herhangi bir delile ihtiyaç duymadan kesindir.

İbra-yı iskat da iki kısım olup biri özel ibra ve diğeri genel ibradır. Özel ibra, bir ev veya çiftlik yahut bir sebepten dolayı alacak davası gibi bir hususa ilişkin davadan bir kimseyi ibra etmektir.

Genel ibra, bütün davlardan bir kimseyi ibra etmektir. 1537¹¹² ve 1538. maddelere¹¹³ bak.

Bir kimse “falanı bütün davlardan ibra ettim” yada “onda asla hiçbir hakkım yoktur” dese genel ibra olup artık ibradan önce olan hiçbir hakkını dava edemez. Ve dava etse istima olunmaz. 1565. maddeye bakıla¹¹⁴.

Bir kimse diğerkimsenin zimmetini genel ibra ile ibra ettiği sabit iken tarih vermeyerek o kimseden bir hak dava etse o davası istima olunmaz. Zira o hak, ibradan önce olup ibra ile düşmüş olmak veyahut ibradan sonra lup halen zimmetinde kalmak ihtimalleri eşit olduğundan bu açıdan meydana gelen şüphe şek ile yakinen sabit olan bir şeyin yani beraetinin zevaline hükmolunamaz. Zira şek ile yakın zail olmaz. Binaen aleyh söz konusu dava istima olunmaz. Ancak genel ibra tarihinden sonra ortaya çıkan bir hakkı tarih vererek dava etse o halde davası istima olunur. Zira ibranın sonrasına şümulü olmaz. Bu sebeple ibradan sonra ortaya çıkan bir hakkı dava edebilir. 1563. maddeye bak.¹¹⁵

Mecelle'nin 5. maddesinden 12. maddesine kadar olan kaideler hep bu külli kaideden çıkarılmıştır ve bu kaidede geçerli olan kayıtlar onlarda da geçerlidir.

Madde 5- Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır.

Yani bir şey bir zamanda ne hal üzere bulunmuş ise o halin değiştiğine delil olmadıkça o şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır ve tercih edildir. O şeyin bulunduğu hal gerek varlık ve gerek yokluk olsun, bu asla “istishab” denilir.

İstishab, lügatta bir kimsenin kendisiyle hemdem ve dost olmasını istemek ve bir kimseyi yahut bir nesneyi kendisine hemdem ve arkadaş edip ona sarılmak demektir. Şer'î ıstılahta ise yokluğu zannedilmeyen muhakkak bir işin devam etmesine hükmetmektir. 1683. maddeye bak.¹¹⁶

Bazı hukukçular, istishabı iki kısma ayırarak bir kısmı bir şeyin geçmişte bulunduğu hal üzere kalması yani bir şey, geçmiş zamanda ne hal üzere bulunmuş ise aykırı bir delil olmadıkça şimdiki halde de o şeyin yine o hal üzere bulunmasıyla hükmetmektir. Diğerkısmı bir şey şimdi ne halde bulunuyorsa aykırı bir delil olmadıkça geçmişte de o halde bulunmuş olmasıyla hükmetmektir, buyurdular. Ve ikinci kısma istishab-ı maklub ismini verdiler. Mecelle'nin ismi

¹¹² Madde 1537- “İbra-i hass bir hane yahut bir çiftlik veyahut bir cihetten dolayı alacak davası gibi bir hususa müteallik davadan bir kimseyi ibra etmektir.”

¹¹³ Madde 1538- “İbra-i âm, kâffe-i deaviden bir kimesneyi ibra etmektir.”

¹¹⁴ Madde 1565- “Bir kimse filanı kâffe-i deaviden beri kıldım yahut anda asla hakkım yoktur dese ibra-i âm olup artık ibradan mukaddem olan hiçbir hak dava edemez. Hatta kefaletten dolayı bir hak dava etse mesmu' olmaz.

Şöyle ki ol ibradan mukaddem sen filan kimesneye kefil olmuş idin deyu dava etse istima olunmadığı gibi ahar bir şahıstan sen benim ibra etmiş olduğum kimseye kable'l-ibra kefil olmuş idin deyu dava edemez. 662. maddeye bak.”

¹¹⁵ Madde 1563- “İbranın maba'dine şümulü olmaz.

Yani bir kimse diğerkimesneyi ibra ettikte ibradan mukaddem olan hukuku sakıt olur. Yoksa ibradan sonra hâdis olan hakkını dava edebilir.”

¹¹⁶ Madde 1683- “Tahkim-i hal, yani hal-i hazırı hakem kılmak istishab kabilindendir.

İstishab dahi ademi maznun olmayan bir emr-i muhakkın bekasıyla hükmetmektir ki ibka-i mâkân alâ mâkân demek olur.”

geçen 1683. maddesinde de ikinci kısım addolunan şimdiki zamanın hükmünün istishab kabilinden olduğu açıklanmıştır. Lakin zikredilen tanımın ikinci kısmı kapsamı açık değildir. Bu sebeple iki kısmı kapsamı zahir olacak şekilde tanım murad olunursa istishab, bir şeyin bir vakitte sübutuna binaen diğer vakitte de varlığına hükmetmektir, denilmek lazım gelir. Allame-i Rum İbn-i Kemal aleyhi rahmetü'l-meliki'l-müteal "Tağyirü't-Tenkîh" isimli kitabında hâlin tahkimini istishabın kısmı olarak zikr ve beyan etmeyip belki def'e salih olup da ispata salih olmayan hüccetleri ve delilleri sayarken istishabı başka ve halin hakem olması hüccet olmak üzere zikr ve istishabı halin tahkimine şamil olmayacak şekilde "istishab zaman-ı evvelde gerçekleşmiş olup da yokluğu zannedilmeyen bir işin devamına hükmetmektir" diye tanımlar.

İstishabın birinci kısmına misal, mefkud meselesidir. Mefkud konusu ileride açıklanacaktır. Nerede olduğu, diri ve ölü olduğu belli olmayan kimseye şer'î ıstılahta mefkud derler. Mefkud kendi hakkında diri kabul edilir. Çünkü kaybolmadan önce mefkudun hayatı yakînen bilinip aksi sabit olmadıkça geçmiş zamanda mevcut olan hayatının devamına hükmedilir. Bu sebeple mefkudun gerçekten veya doksan yaşını tamamlamasıyla hükmen ölümü sabit olmadıkça mirasçıları ihtimal ki ölmemiştir diye malını aralarında taksime ve bir adama vedia olarak vermiş olduğu malını vedia alandan geri alarak paylaşmaya hakları yoktur ve mefkudun eşi de başka bir adamla evlenemez.

İstishabın ikinci kısmının misalleri de 1776 ve 1777. maddelerde yazılı olup aşağıda açıklanacaktır. 1776. maddede zikrolunduğu gibi bir değirmenin **kira** müddeti bittikten sonra kiracı kira devam ettiği sürece suyun kesilmesinden dolayı, kesilme süresinin kiradan düşürülmesini talep ederek aralarında anlaşmazlık çıkıp delil de olmadığı takdirde eğer kesilmeye anlaşılacak şekilde yalnız kesilme süresi hakkında anlaşamazlarsa mevcut durumun hakem sayılmasına gerek olmayıp söz yeminle birlikte kiracındır. Eğer anlaşmazlıkları kesilmenin kendisinde ise yani kiralayan suyun kesilmesini tamamen inkâr etse mevcut durum hakem kabul edilir. Eğer dava sırasında su akıyorsa söz yeminle birlikte kiralayanın, su akıyorsa söz yeminle birlikte kiracındır.

Benzer şekilde 1777. maddede zikrolunduğu gibi bir kimsenin evinden geçen su yolu hakkında sonradan yapılmadı ya da kadimden beri mevcuttur diye anlaşmazlık çıkar, ev sahibi su yolunun sonradan yapıldığını iddia ederek kaldırılmasını istediği ve iki tarafın delilleri olmadığı takdirde eğer dava vaktinde su yolundan su akıyor yada daha önce aktığı biliniyorsa mevcut durum devam ettirilir. Söz yeminle birlikte su yolunun sahibinin olup sonradan yapılmış olmadığına yemin ettirilir.

Zira suyun şimdiki halde aktığı sabit olduğundan geçmiş zamanda da aktığına hükmedilir. Eğer dava sırasında su akıyor veya ondan önce akıp akmadığı belli değil ise söz yeminle beraber ev sahibinin olur ve ev sahibi kadim olmadığına yemin ettirilir.

İstishab, mevcut duruma delil olursa da ilzam ve ispat eden bir delil olamaz. Yani sabit olmayan bir şeyin ispatta delil olamayıp ancak bir iddiayı def etmede delil olur. Yani sabit olan bir şeyin aksine delil olmadıkça devam ettiğine hükmedilir. Bu sebeple yukârıda geçen **mefkud** meselesinde istishab mirasçıların talep ve iddialarını def etmede delil olur. Ancak mefkudun başkasına mirasçı olması hakkında delil olmaz. Bu sebeple mefkud başkasına göre ölü sayılır. Mesela mefkudun hayatta olması durumunda vâris olacağı akrabasından birisinin vefatında terekesinden isabet edeceği hisseye mefkud hayattadır denilerek malik olamaz. Zira mirasa hak kazanmada mirasçının miras bırakanın vefat ettiği anda hayatta bulunması şarttır. Halbuki mefkudun istishab yoluyla sabit olan hayatı o gibi hak kazanma durumlarında delil olmaz. Şu kadar ki istishab yoluyla sabit olan hayatı diğer mirasçıların mefkuda düşen hisseyi aralarında taksim etmek üzere meydana gelecek iddiaları def etmede delil olduğundan, gerçek durumun ortaya çıkacağı ana kadar mefkudun miras hissesi ayrılarak, bekletilir. Eğer mefkud diri olarak ortaya çıkarsa ya da miras bırakanın vefatından sonra vefat ettiği belli olursa miras hissesi onun

mülkü olur. Eğer yaşlılarının ölmesiyle yani doksan yaşını tamamlamayla ölümüne hükmolunur ise bekletilen hissesi mefkuda veya onun mirasçılarına verilmeyip miras bırakanın vefatı anında mevcut olan vereseyle taksim edilir.

Madde 6- **Kadim kıdemi üzere terk olunur.**

Yani kadim ve meşru olan şey, kadimden beri ne halde ise o hal üzere terk olunur. Karşı delil olmadıkça hal kıdemi değiştirilmez. Mecelle'nin 166. maddesinde yazılı olduğu gibi kadim, evvelini bilen kimse olmayan şeye denir.

1224. maddede açıklanacağı gibi geçit, **mecra ve su yolu haklarında** kıdeme bakılır. Yani bunlar kadimden beri oldukları hâle göre bırakılırlar. Karşı delil olmadıkça değiştirilmezler. Mesela, Mecelle'nin 1229. maddesinde açıklandığı gibi bir evin yağmur suları kadimden beri komşusunun evine akmakta olduğu halde komşusu bundan sonra akıtmam diye engel olamaz.

1230. maddesine göre bir yolda olan evlerin damlaları kadimden o yola ulaşır, oradan da alt tarafta bulunan arsa içinden akarken, arsa sahibi arsasındaki kadim su yolunu kapatamaz. Kapatırsa hâkim tarafından yüksek bir set ile eski durumuna çevrilir.

Bunun vakfiyesi bulunan ve şartları bilinen kadim **vakıfta**, kadim teamül ne ise yani eskiden beri ne yolda amel oluna gelmişse öyle bırakılır. Bu sebeple bir vakfın vakfiyesi mevcut ve şartı belli olmayıp ancak kadimden beri gallelerinin¹¹⁷ yarısı o vakıftan olan medresenin müderrisine ve dörtte biri mütevelliyeye ve kalan dörtte biri medresenin talebelerine verile gelmiş iken mütevellî o medresenin müderrisine “vakfedenin şartının böyle olduğunu ispat et, yoksa galleinin yarısını tamamen sana vermem” diye kadim uygulamayı değiştiremez.

Birinci makalenin şerhinde açıklandığı gibi gelecekteki madde bu maddeyi kayıtlar ve sınırlar. Yani kadimin kıdemi üzere terk olunması meşru' olduğu ve zarar vermediği durumda gelecek maddenin şerhinde açıklanacağı gibi hukuka aykırı olarak (nameşru) yapılmış olan şeyin kıdemine bakılmaz. Zarar kadim olsa bile izale edilir.

Madde 7- **Zarar kadim olmaz.**

Yani 1224. maddenin istisnai fıkrası gereğince aslında hukuka aykırı olarak yapılmış olan şeyin kıdemine itibar olunmayıp kadim olsa bile fahiş zarar varsa giderilir. Bu maddeden doğan meseleler aşağıda açıklanacaktır. Mesela, bir evin pis suları kadimden beri umumi yola aksa ve aktığı yerlere fahiş zarar verse, kıdemine bakılmayıp zararı giderilir.

Bunun gibi umumi yola doğru inşa olunan alçak çıkıntılar ve cumbalar gibi gelip geçenlere fahiş zarar veren şeyler kadim olsa bile kıdemine bakılmayıp kaldırılır.

¹¹⁷ Galle: Vakfın gelirlerine galle denilmektedir. Vakfedilen paraların kârı ve vakfedilen taşınmazların kirası gibi.

Madde 8- Beraat-i zimmet asıldır.

Zimmet, sözlükte ahd manasına gelmektedir. Ahdden dönmek, kötülenme ayıplanma sebebi olduğundan, ahde zimmet denilmiştir. Şer’î ıstılahta ise iki manaya gelir ki, biri nefis ve zat manası, diğeri kendisiyle bir şahsın icap ve kabule ehil olduğu vasıf manasıdır. Burada nefis ve zat manası kastedilmektedir. Yani bir şahsın zimmetinin (nefis ve zatı) bir şeyin vücup ve lüzumundan uzak olması asıldır. Zimmetin bir hak ile meşgul olması, aslına aykırıdır.

Binaen ala zalik bir kimse diğeri birisinin malını telef edip de o malın miktarında veyahut kıymetinde mal sahibi ile telef eden ihtilaf etseler söz mütlifin olup mal sahibi iddia ettiği ziyadeyi ispata muhtaç olur.

Söz telef edenin olur demek, mal sahibi fazlalığı delil ile ispat edemediği takdirde telef edenin yeminle birlikte sözü tasdik edilir demektir. Mesela, davacı mahkemeye gidip “falan kimse benim 30 kile kızılca buğdayımı telef etti; emsalinin tazminini isterim” diye dava etse davalı da “ben bunun ancak 10 kile buğdayımı telef ettim” diyerek sadece 10 kile buğdayı telef ettiğini ikrar ve kalanını inkâr etse, söz yeminle birlikte telef edenin olur. Eğer davalı fazlasını ispat edebilirse ya da davalı yeminden dönerse davalının 30 kilenin emsalini tazmin etmesine kârar verilir. Eğer davacı fazlayı ispat edemeyip davalı yemin ederse ancak 10 kilenin tazmini ile ve fazlasından davalının zimmetinin beraatına hükmolunur. Çünkü beraat-ı zimmet asıldır.

Bunun gibi bir kimse hakime gidip “falan kimse benim 500 kuruş değerindeki bir atımı telef etti, değeri olan 500 kuruşu isterim” diye dava etse davalı da “o atın değeri ancak 100 kuruş idi” diye fazlasını inkâr etse, söz davalının yani telef edenin olur. Davacı o atın telef anında değerinin 500 kuruş olduğunu ispat etmelidir. Çünkü beraat-ı zimmet asıldır.

Yine bu kurala dayanarak 76. madde gereğince davalarda delil iddia sahibi için ve yemin de inkâr eden üzerinedir.

Benzer şekilde 77. madde gereğince asıl durumun aksini iddia eden kimse iddiasını ispat etmelidir. Edemediği takdirde diğeri yeminle tasdik edilir. Çünkü beraat-ı zimmet asıldır.

Bunun gibi bir kimse “falan kimsenin bende bir malı vardır” diye meçhulü ikrar etse değeri olan bir mal olarak yorumlanır. Mal sahibi fazlayı iddia ederse ispatına muhtaç olunur. İspat edemediği takdirde söz yemin ile birlikte ikrar edenin olur. Çünkü beraat-ı zimmet asıldır.

Madde 9- Sıfat-ı ârızada asıl yani tercih edilecek olan ademdir.

Yani o sıfatın yokluğudur. Ancak aslî sıfatlarda varlık esastır. Bu sebeple 77. madde gereğince ârızî sıfatlarda söz, yokluğunu iddia eden kimsenin olup varlığını iddia eden ispata muhtaç olur.

Sıfat iki kısımdır. Biri ârızî sıfat, diğeri aslî sıfattır. Ârızî sıfat ticaret, kâr, ayıp gibi malın aslıyla ilgili olmayan, sonradan ârız olan haldir.

Mesela, şirket-i mudarebede kâr olup olmadığından mudarip ile sermaye sahibi arasında **ihtilaf olursa** yani sermaye sahibi kâr olduğunu iddia ve mudarip “asla kâr olmadı” diye inkâr etse, kâr ârızî bir sıfat yani şirket kurulduğu vakitte koyulan sermayenin varlığıyla var olmayıp sonradan ârız olacak şeylerden olup **ademi asl olduğuna binaen söz** yeminle birlikte 77. madde gereğince asıl olan kârın yokluğunu iddia eden **mudaribin olup sahib-i sermaye kâr olduğunu ispata muhtaç olur.**

Mudarebeyle ilgili konular Kitab-ı Şirketin 1404. maddesi ile başlayan 7. bapta ayrıntılarıyla yer almaktadır.

Keza taraflar satım konusu malda eski bir ayıbın var olup olmadığına görüş ayrılığına düşseler ayıp, ârizî sıfatlardan olup yokluğu asıl olduğu için söz yokluğunu iddia eden satıcının olup varlığını iddia eden müşteri ispata muhtaç olur.

Bunun gibi istenilen bir sığfata sahip olarak satılan bir malın o sığfatin bulunup bulunmadığında taraflar anlaşmazlığa düşerlerse, eğer o sığfat, ârizî sıfatlardan ise yokluğu esas olduğu için satıcı satım sırasında satılan o sığfata sahip olduğunu ispata muhtaç olur. İspat edemediği halde söz yeminle birlikte müşterinindir. Eğer o sığfat asli sıfatlardan ise yokluğunu iddia eden taraf satılan o sığfata sahip olmadığını ispata muhtaçtır. İspat edemediği takdirde söz yeminle birlikte satıcının olur. Mesela sağılmaktadır diye satılmış olan bir ineğin o sığfata sahip olup olmadığına taraflar görüş ayrılığına düşseler söz yeminle birlikte müşterinindir. Çünkü inekte sağılmak sığfatı, ârizî sıfatlardan olduğu için yokluğu asıl olduğundan söz yeminle birlikte bunun yokluğunu iddia eden müşterinin olur. Ve satıcı satım sırasında ineğin o vasfa sahip olduğunu ispata muhtaçtır. Ancak sağ ve salim olmak üzere satılan bir ineğin sağlığında görüş ayrılığı olsa, sağlık asli sıfatlardan olduğundan varlığı asıl olduğundan söz yeminle birlikte satıcının olup müşteri ineği kabzetmeden önce hayvanın sakat olduğunu ispata etmelidir.

Madde 10- Bir zamanda sabit olan şeyin, hilafına delil olmadıkça bekasıyla hükmolunur.

Ancak aksine delil olduğu takdirde devamına hükmolunmayıp, söz konusu delile göre hüküm verilir. Bu madde 5. madde ile aynı aynı anlama gelir ve istishaba ise uygulama açısından benzer ve istishabın iki kısmını da içine alır. Yani geçmişte sabit olan bir şeyin aksine delil olmadıkça halen onun devam ettiğine hükmolunur. Bunun gibi şimdiki halde sabit olan şeyin aksine delil olmadıkça geçmişte de o durumda olduğuna hüküm verilir, demektir. **Binaen ala zalik bir zamanda bir şey bir kimsenin mülkü olduğu** delil ya da ikrar ile **sabit olsa** aksine delil olmadıkça yani satım ve hibe gibi **mülkiyeti** yani o kimsenin o şeydeki mülkiyetini **izale eden bir hal olmadıkça mülkiyetin** şimdiki halde **bekasıyla hükmolunur**. Ancak mülkiyeti sabit olan kimsenin o şeyi başkasına sattığı veya hibe ve teslim ettiği sabit olarak aksine delil bulunursa mülkiyetin devamına hükmolunmayıp söz konusu delil gereğince müşterinin veya bağışlananın mülkü olmasına hükmolunur.

Bunun gibi 1694. madde gereğince bir kimse “ölen falanın bana şu kadar borcu vardı, şimdi terekesinden isterim” diye dava ve şahitler de gerçekten ölen falanın o kimseye o kadar borcu olduğuna şehadet etseler, yeterli olup “vefatına kadar zimmetinde idi” diye açıklama yapmalarına gerek yoktur. Çünkü mademki ölen falanın, o kimseye o kadar borcu olduğu şahitlerin şehadetiyle sabit oldu. Aksine delil olmadıkça istishaba göre söz konusu meblağ, ölen falanın zimmetinde olduğuna hükmedilir. Fakat borç ölen kimse tarafından ödenmiş veya alacaklı tarafından ibra edilmiş olarak aksine delil bulunursa söz konusu borçun devamına hükmedilmez. Borç yerine, o kimse ölenin elinde belirli bir malının olduğunu dava ederse durum böyledir.

Bunun gibi Mecelle'nin 1695. maddesine göre bir kimse diğferinden alacak dava ve diğferi de inkâr ettiğinde şahitler o kimsenin davacıya o kadar borcu olduğuna şehadet etseler, yeterlidir. Zira mademki borç bir zamanda sabit olmuştur. Aksine delil olmadıkça devam ettiğine hükmolunur. Ancak söz konusu borç, borçlu tarafından eda ve alacaklı tarafından ibra edildiği sabit olunarak hilafına delil bulunursa devam ettiğine hüküm verilmez.

Madde 11- Bir emr-i hâdisin akreb-i evkatına izafeti asıldır.

Yani hâdis olan bir işin sebep ve zaman-ı vukuunda ihtilaf olunsa zaman-ı baide nispeti delil ile ispat olunmadıkça hal akreb olan zamana nispet olunur. Bu sebeple ölenden sâdır olan ikrarın zamanı hakkında lehine ikrar yapılan ile diğer mirasçılar arasında anlaşmazlık olsa ikrarın zaman-ı baide yani ölenin sağlıklı olduğu zamana nispeti ispat olunmadıkça akreb olan ölüm hastalığı zamanına nispet olunur.

Mecelle'nin 1595. maddesinde açıklandığı gibi, çoğunlukla hasta kendisinde ölüm korkusu olduğu halde hasta erkek ise evi dışında ve kadın ise evi içinde olan işlerini görmekten aciz olup bu hal bir sene devam etmeden ölürse ölüm hastalığı söz konusudur. Bu kurala göre Mecelle'nin 1766. maddesine göre sağlıklı olmanın delili, ölüm hastalığı deliline tercih edilir. Mesela, bir kimse mirasçılarında birine bir malı hibe ve teslim veya borç ya da aynı¹¹⁸ ikrar ettikten sonra vefat etse diğer mirasçılar, ölen kimsenin onu ölüm hastalığı sırasında hibe veya ikrar ettiği için geçerli olmadığını ve hibe edilen ile lehine ikrar yapılan ise sağlıklı iken hibe ve ikrar etmiş olduğundan hibe ve ikrarın sahih olduğunu iddia ettiklerinde, lehine hibe edilen ile lehine ikrar yapılan kimselerin delilleri tercih edilir. Lehine hibe edilen ile lehine ikrar yapılan, hibe ve ikrarın ölen kimsenin sağlıklı halinde yapıldığını ispat edemediği durumda söz yeminle beraber diğer mirasçılarındır. Çünkü sonradan yapılan hibe ve ikrarın, ölen kimsenin sağlıklı halinde yapıldığına nispeti delil ile ispat olunmadıkça, şimdiki zamana yakın olan ölüm hastalığı zamanına nispet edilir. Ölüm hastalığında hibe ve ikrar etmiştir, denilir. Zira sonradan yapılan bir işin, yakın zamana izafe edilmesi asıldır. Bunun gibi ölen kimsenin, boşanmış eşi “kocam beni rızam olmadan, ölüm hastalığında iken bain talakla boşamıştı. Bu sebeple terekesinden miras hissemi isterim” diye dava ve ölenin mirasçıları “sağlıklı halinde iken bain talakla talak etmişti. Ona göre ölen kimseye vâris değilsin” diye dava ettiklerinde yeni durum olan talakın geçmiş zamanda yani ölenin sağlıklı haline nispeti delil ile sabit olmadıkça hale en yakın olan ölüm hastalığı zamanına nispet edilir. Ve “ölüm hastalığında boşanmıştır” denilir. Ve söz ölüm hastalığında boşanmayı iddia eden karısının olur. Zira bir emr-i hadisin akreb-i evkatına izafeti asıldır.

Madde 12- Kelamda asıl olan mana-yı hakikidir.

Yani bir söz söylendiğinde o sözde asıl olan ve tercih edilen gerçek manadır. Gerçek manaya yorulması mümkün oldukça mecaz manaya yorulmaz. Zira mecaz, gerçek mananın dışındadır. Gerçek mana ile mecaz mana birlikte murad olunamaz. Ancak bir sözün gerçek manaya yorulması mümkün olmazsa 20 ve 21. maddelerde açıklanacağı gibi mecaz manaya yorulur.

Gerçek mana, koyan kimsenin belirlediği manada kullanılan sözdür. Mecaz, asıl mana ile kullanılan mana arasında alaka bulunduğu halde, koyan kimsenin belirlediği mananın dışında kullanılan sözdür. Alaka yani bir sözün koyulduğu mana ile kullanılan mana arasındaki ilişki

¹¹⁸ Ayn: Nesne. Dışarıda mevcut, belli ve somut olan şeydir. Kitap, ev, at, ev eşyası, belli bir miktar para ya da buğday gibi. Ayn, deyn'nin zıddıdır. Hariçte varlığı olmayıp zimmette sabit olan para ve misliyyat ayn değil, deyn kabilindedir. Ayn, tazmini gerekli olup olmamak açısından mazmun ve gayri mazmun olmak üzere ik kısma ayrılır. Tazmini gerekli ayn da mazmun bi nefsiha ve mazmun bi gayriha olmak üzere ikiye ayrılır. Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 40.

mecazın mahiyetine dahil olup hakiki manayı kastetmeye engel karine de mecazın sıhhati için şarttır. Bu tanımlardan anlaşılmaktadır ki hakiki mana sözün kendisine koyulduğu ve mecaz mana koyulduğu mananın dışında olup alaka ve karine sebebiyle sözün kendisinde kullanıldığı manadır.

Bu kurala göre bir kimse “Ölümünden sonra malımın üçte biri falan kimsenin evladına verilsin” diye vasiyet edip, bu vasiyet üzerine de ölse o kimsenin sülbî evlatları varken evladının evladına vasiyet edilen mal verilmez. Çünkü evlat sözü erkeğe nispetle sülbî evlatla ve kıza nispetle aynı anneden doğmakta gerçek olup o kimsenin kendi evladı mevcut olarak gerçek manaya yorulması mümkün olduğundan mecaz manaya yorulamaz. Ve vasiyet edilen mal o kimsenin evladının evladına verilmez. Bunun gibi gerçek mana ile mecaz mana ikisi birden murad edilirse o kimsenin evladının evladı kendi evladıyla vasiyet edilen mala ortak edilmez. Ancak bu surette o kimsenin kendi evladı olmayıp da evladının evladı var ise o halde gerçek mana kullanılmadığından ve 60. madde gereğince sözün kullanılması ihmalinden evla olduğundan 61. madde gereğince mecaz manaya yorularak vasiyet edilen mal o kimsenin evladının evladına verilir. Vakıfta da hüküm böyledir.

Madde 13- **Tasrih mukabelesinde delaletle itibar yoktur.**

Yani delalet ile açık söz birbirine uymazsa, açık söze göre hareket edilir. Delaletle itibar edilmez. Çünkü delalet, açık söze göre zayıftır. Zayıf ise kuvvetlinin yanında itibarsızdır. Ancak birbirine uymama söz konusu değilse delaletle, açık söz gibi itibar edilir ve bu durumlarda delalet açık sözün hükmünü alır. Bu sebeple delaletle göre amel edildikten sonra açık söze itibar edilmez. Mesela, Mecelle'nin 772. maddesinde yazılı olduğu gibi bir kimse diğerinin izniyle evine girerse, meydana ya da masa üzerinde duran bardak ile su içmeğe delalet ile izinli sayılıp, apaçık söz bulunmayan yerde delalet muteber olup delalet ile izin apaçık söz ile izin gibi olduğundan su içerken bardak kaza ile elinden düşerek kırılırsa tazmin etemesi gerekmez. Zira cevaz-ı şer'i zamana manidir. Fakat ev sahibi “masa üzerinde duran kadehe dokunma” diye yasaklayıp da yasağa kârşısı o bardağı eline alarak kaza ile elinden düşüp kırılırsa tazmine eder. Çünkü bunda dokunma diye açık bir söz ile yasaklama vardır. Ve açık söz kârşılığında ise delaletle itibar yoktur. Yukarıda geçtiği gibi açık söz delaletle aykırı olduğu takdirde delaletle itibar edilmez. Ancak açık söz uygun olursa delaletle göre hareket olunduktan yani delalet ile hüküm sabit olduktan sonra delaletle karşı açık söz bulunsun bile ona itibar edilmez. Mesela, bir kimse diğerinin malını yetkisiz (fuzuli) olarak satsa zikredilen mal sahibinin icazetine bağlı olarak satılmış olur. Dilerse satımı fesh eder dilerse icazet şartları varsa satıma icazet verir. Yetkisiz (fuzuli) satıma icazet vermenin şartları Mecelle'nin 378 ve 379. maddelerinde¹¹⁹ yer almaktadır.

İcazet, açık söz yoluyla olduğu gibi delalet yoluyla da olur. Mesela, bu surette mal sahibi malının yetkisiz (fuzuli) olarak satıldığını işittiğinde satılan malın semenini isterse delalet yoluyla o satıma icazet vermiş olur. Buna göre delalet yoluyla satıma icazet vererek delaletin hükümleriyle hareket edildikten sonra “ben bu satıma razı değilim, fesh ettim” diye apaçık söz ile satımı fesh etse feshi sahih ve satım feshedilmiş olmaz. Çünkü delaletle göre hareket edildikten sonra açık söze itibar edilmez.

¹¹⁹ Madde 378- “Bey'-i fuzulide mal sahibi veya vekili yahut velisi yahut vasisi icazet verirse nafiz ve vermezse münfesihi olur. Fakat icazette bayi' ve müşteri ve müciz ve mebi' kaim olmak şarttır. Bunlardan birisi helak olsa icazet caiz olmaz.”

Madde 379- “Bey'i mukayazada bedeleynin ikisi de mebi' hükmünde olduğundan bunlarda mebi'in şeraiti muteberdir. Fakat teslimce münazaa vukuunda mütebayian ikisi birden teslim ve tesellüm ederler.”

Madde 14- Mevrid-i nasda içtihadı mesağ yoktur.

Yani hakkında nas¹²⁰ olan bir meselede müçtehidin içtihadına lüzum görülmez.

İçtihad, lügatta gücünü tam olarak kullanmak yani bir şeye fazlasıyla çalışmak manasına gelir. Şer'i ıstılahta ise bir fūruatta ki şer'î hüküm hakkında ilim veya zan sahibi olmak için bütün kudretini sarfetmektir.

İçtihadın şartları, ahkam ile ilgili ayetlerin tek tek ve mürekkep olarak lügat ve şer'i manalarını ve fıkıh usulünde açıklanan kısımlarını; hadis-i şeriflerin senetlerini, rivayet edenlerin hallerini ve hadis usulünde açıklanan kısımlarını; icmayı, kıyasın şartlarını, hükümlerini, kısımlarını, kabul edilenlerini ve reddedilenlerini, kıyaslara gelebilecek itirazları ve bunların cevaplarını; insanların hallerini ve muamelelerini bilmektir.

Bu şartlar kendisinde bulunan kimse müçtehidir.

Bu fıkıhla ilgili kurallara göre hakkında nas bulunan meselelerde içtihadı lüzum yoktur. Mesela, muamelatta delil iddia sahibine ve yeminin de inkâr edene ait olması ve kul haklarında şahit sayısı iki erkek ya da bir erkek ile iki kadın olması nasla tespit edilmiş olduğundan bu meselelerde içtihadı gerek yoktur ve nasla belirlenmiş bir meselede yapılan içtihadı itibar edilmez.

Madde 15- Ala hilaf'il-kıyas sabit olan şey, saire makisun aleyh olmaz.

Kıyas lügatta bir şeyi diğer şey ile takdir etmek ve ölçmek anlamına gelir. Kumaşı metreyle ölçmek gibi. Onun için kendisiyle ölçülecek şeye mikyas denilir. İstılahta iki şeyden birisinin hükmünü, illetlerinin benzerliği sebebiyle diğerine de vermektir. Birinci şeye asıl ve makisun aleyh, diğerine ise fer' ve makis denilir.

Yani kıyas ve kurallara aykırı şekilde Kitap, sünnet veya icma ile sabit olan şeye başkası kıyas olunamaz ve onun hükmü başka şeyde uygulanamaz. Mesela Mecelle'nin 205. maddesi gereğince "Madumun bey'i batıldır" ve bu nasla sabittir. Bu şekilde madumun (mevcut olmayan şey) satılmasından ibaret bulunan selem¹²¹ ve istisnanın ve madum bir menfaatin temlikinden ibaret bulunan kiranın batıl olması kıyasın bir gereği ise de selem ve kiranın caizliği nas ile ve istisnanın caizliği teamül ve icma ile ve her biri ihtiyaç üzerine kıyasa muhalif olarak sabit olmuştur. Bu sebeple söz konusu muameleler başka şeye makisün aleyh olamaz ve bunlara kıyas ile bir ağacın henüz ortaya çıkmamış meyvesi gibi madumun satımı caiz görülemez.

¹²⁰ Nass, usulde söyleyen tarafından ileri gelen bir sebeple, manası zahirden daha açık olan bir sözdür. Mesela, ilmin şeref ve faziletini göstermek isteyen kimse "Hiç bilenlerle bilmeyenler bir olur mu?" ayetini okusa bu söz bilenlerle bilmeyenler arasındaki farklı açıklama konusunda nass olur. Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 447.

¹²¹ Selem: Para peşin mal veresiye. Peşin para veya peşin verilen başka bir mal ile veresiye bir mal satın almaktır. Peşin para veya mal veren müşteriye sahibüsselem veya rabbüsselem, veresiye mal verecek olan satıcıya müslemün ileyh bu yolla satın alınan mala müslemün fih, peşin verilen paraya/mala da re's-i maliselsem denir. Seleme selef de denir. Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 56.

Madde 16- İctihad ile icthad nakz olunmaz.

İctihadın lügat ve şer'i manası 14. maddenin şerhinde açıklanmıştır. Söz konusu madde hükmüne göre bir olay hakkında nas ya da icma bulunursa onlarla amel olunur. İctihada gerek kalmaz. Eğer nas ve icma bulunmazsa, icthadın şartlarına sahip kimse icthad eder.

Müçtehidin icthadında hata veya isabet etmesi muhtemeldir. İctihadla ilgili meselelerden bir mesele hakkında müçtehidlerin icthadları biri birine yahut bir müçtehidin bir zamandaki icthadı diğer zamandaki icthadına muhalif olabilir. Halbuki gerçek birden fazla olmadığından, birbirine muhalif olan icthadlardan elbette birisi doğru ve kalanları yanlıştır. Fakat icthadla ilgili meselelerde deliller zan ifade ettiğinden, kesin olan bir nasa aykırı olmadıkça “falan icthad yanlıştır, falan icthad doğrudur” diye kestirip atmak olmaz. Birbirine aykırı olan icthadlardan biri diğerinin üzerine tercih edilemez ve biri diğeriyile bozulamaz. Bu sebeple bir müçtehidin bir hadisede kendi icthadıyla hükmettikten sonra o olay hakkında icthadı değişse, önceki icthadına göre vermiş olduğu hükmü bozamaz. Ancak gelecekte ortaya çıkacak olaylar hakkında, ikinci icthadına göre hüküm verir.

Bunun gibi bir müçtehidin kendi icthadına göre ettiği hüküm, ona muhalif olan diğer müçtehide arz olursa, o hükmü bozmaya gücü yetmeyip imzalaması gerekir. Mesela icthadla ilgili meselelerden bir mesele hakkında Şafii bir hakimin verdiği hüküm, Hanefi hakime arz olursa ve o hüküm Hanefi mezhebine aykırı bulursa Hanefi hakim o hükmü bozmayıp, uygular ve imza eder.

Madde 17- Meşakkat teysiri celb eder.

Yani bir şeyde suubet ve güçlük görülmesi sebab-i teshil olur ve diğer bir tabirle darlık vaktinde vüsat gösterilmek lazım gelir. Karz ve havale ve hacr ve vasiyet ve selem ve ikale¹²² ve rehin ve tazmin ve ibra ve şirket ve sulh ve vekalet ve kira ve müzaraa ve müsakat ve mudarebe ve ariyet ve vedia gibi pek çok ahkam-ı fikihiye bu asla müteferri'dir. Ve fukahanın ahkam-ı şer'iyede gösterdikleri ruhas ve tahfifat hep bu kaideden istihraç olunmuştur.

Ruhas, ruhsatın çoğuludur. Ruhsat lugatta genişletme, kolaylaştırma, ve kolaylık anlamlarına gelir.

Şer'i ıstılahta ise insanların özürleri yüzünden işi hafifletmek ve kolaylaştırmak için meşrulaştırılan hükümdür.

¹²² İ kale: Sözlükte “ahdi veya alışverişi bozmak, affetmek” gibi anlamlara gelen ikale, bir fıkıh terimi olarak, karşılıklı irade beyanı ile mevcut bir akdin bozulması demektir. İ kalede tarafların, bir baskı olmaksızın tam olarak akdi bozmaya razı olmaları gerekir. Taraflardan birinin akdi bozmak yönündeki teklifini, diğer tarafın aynı mecliste kabul etmesi üzerine ikale gerçekleşir. İ kale yapılabilmesi için, akdin konusunun mevcut olması gerekir. Mesela, satılan şey helak olursa ikale yapılamaz. Akdin konusunun bir kısmının helak olması halinde mevcut kısmında ikale yapılabilir. Bedelin helak olması ise, akdin ikalesine mani değildir. İ kale ile akit bağı çözülür. Bunun sonucu olarak da akdin doğurduğu neticeler ortadan kalkmış olur. İmamı Azam'a gör ikale, taraflar açısından fesih, üçüncü kişiler için ise yeni bir akittir. İmam Ebu Yusuf'a göre, herkes için yeni bir akittir. İmam Muhammed'e göre ise fesihtir. İbrahim Paçacı, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, s. 304.

Özre binaen meşrulaştırılan hüküm sebebiyle meydana gelen kolaylaştırmaya da ruhsat denilir. Burada ruhas kelimesini açıklamak için tahfifat kelimesinin kullanılması, ruhsattan hafifletmenin kastedildiğini anlatmak içindir. Açlık sebebiyle ölmesinden korkulan adamın, leşden başka yiyecek bulamadığı halde ölmeyecek kadar leş yemesinin caiz olması; başkasının malı olarak yiyecek bulunup da rızasıyla vermediği takdirde daha sonra bedelini tazmin etmek üzere o malı almaya şer'an ruhsat verilmesi; insanların paraya olan ihtiyacı sebebiyle kıyasa aykırı olarak selem; insanların ihtiyaçları sebebiyle bey' bi'l-vefa'nın meşru olması; bir yığın buğday satıldığında müşteri o buğdayın dışını görmesi; nümunesi gösterilerek satılan eşyanın nümunesini görmekle görme muhayyerliğinin kalkması; pişmanlığı ortadan kaldırmak için müşteriye şart muhayyerliğinin verilmesi; oyalamayı önlemek için nakit muhayyerliğinin verilmesi; gabn-i fahiş ve tağrir sebebiyle satılanın geri verilmesi; satılarda eski bir ayıp olduğu anlaşıldığında müşteri için ayıp muhayyerliğinin bulunması; kârz, ariyet ve kira ile başkasının malından faydalanmanın meşru olması; vedia, vekalet, şirket, mudarebe, müsakat ve müzaraa ile bir şahsın diğer bir şahıstan istifade etmesi; bir şahsın borçluda olan alacağını havale yoluyla diğer bir kimseden almasının meşru olması; alacaklının borçludan rehin ve kefil alması ile borcunu teminat altına alması; borçtan bir miktarının veya tamamının çizilmesi ve ibra olunması; Mecelle'nin 1006 ve 1007. maddelerine göre ikrar eden hakkında¹²³ ve 458¹²⁴, 628¹²⁵, 684¹²⁶, 1457¹²⁷, 1539¹²⁸, 1573¹²⁹ ve 1616.¹³⁰ maddelerinin istisnai fıkralarıyla 1541¹³¹ ve 1663.¹³² maddeleri gereğince bütün çocuk ve

¹²³ Madde 1006- "İkrah-ı muteber ile vuku bulan bey' ve şirâ ve icar ve hibe ve ferağ ve an malin sulh ve ikrar ve ibra ve tecil-i deyn ve iskat-ı şuf'a muteber olmaz; gerek ikrah-ı mülci olsun ve gerek ikrah-ı gayr-ı mülci olsun.

Fakat mükreh ba'de zevali'l-ikrah müciz olursa ol halde muteber olur."

Madde 1007- "İkrah-ı mülci berveci-i bala tasarrufat-ı kavliyyede muteber olduğu gibi tasarrufat-ı fiiliyyede dahi muteber olur. Amma ikrah-i gayr-ı mülci yalnız tasarrufat-ı kavliyyede muteber olup tasarrufat-ı fiiliyyede muteber olmaz. Binaenaleyh bir kimse diğere filanın malını itlaf et yoksa seni katledirim yahut bir uzvunu keserim deyip de mükreh dahi itlaf etse ikrah muteber olup zaman ancak mücbire lazım gelir. Amma filanın malını itlaf et yoksa seni darp ya hapsederim deyip de o dahi itlaf etse ikrah muteber olmayıp zaman ancak mütlife lazım gelir."

¹²⁴ Madde 458- "İn'ikad-ı icarenin şeraitinden biri bulunmasa icare batıl olur.

Mesela, mecnunun ve sabi-i gayr-ı mümeyyizin icar ve isticarı batıldır. Fakat ba'de'l-in'ikad âcir ya müstecirin tecennün etmesiyle icare münfesh olmaz."

¹²⁵ Madde 628- "Kefaletin in'ikadında kefilin âkil ve bâliğ olması şarttır.

Binaenaleyh mecnun ve ma'tuh ve sabinin kefaleti sahih olmaz. Ve sabi iken kefil olup da ba'del-bülüğ bu kefaleti mukir olsa dahi anınla muaheze olunmaz."

¹²⁶ Madde 684- "İn'ikad-ı havalede muhil ile muhalü'n-lehin âkil ve muhalü'n-aleyhin âkil bâliğ olması şarttır.

Binaenaleyh sabi-i gayr-ı mümeyyizin birine borç havale etmesi ve birinden havale alması batıl olduğu gibi sabi gerek mümeyyiz olsun ve gerek gayr-ı mümeyyiz olsun ve gerek mezun ve gerek mahcur olsun birinden kendi üzerine havale kabul etmesi batıldır."

¹²⁷ Madde 1457- "Müvekkilin müvekkeli'n-bih olan işi yapmaya muktedir olması şarttır. Binaenaleyh sabi-i gayr-ı mümeyyiz ile mecnunun tevkili sahih olmaz."

¹²⁸ Madde 1539- "Musalihin âkil olması şarttır. Bâliğ olması şart değildir.

Binaenaleyh mecnun ve ma'tuh ile sabi-i gayr-ı mümeyyizin sulhu asla sahih olmaz..."

¹²⁹ Madde 1573- "Mukirrin âkil bâliğ olması şarttır.

Binaenaleyh sağır ve sağıre ve mecnun ve mecnune ve ma'tuh ve ma'tuhenin ikrarı sahih değildir. Ve bunların aleyhine veli ve vasilerinin ikrarı dahi sahih olmaz. Fakat sağır-ı mümeyyiz-i mezun kendisinin mezuniyeti sahih olan hususlarda bâliğ hükmündedir."

¹³⁰ Madde 1616- "Müddei ve müddealeyhin âkil olmaları şarttır.

Mecnunun ve sabi-i gayr-ı mümeyyizin davaları sahih değildir. Fakat velileri ve vasileri bi'l-velaye ve bi'l-vesaye anların yerine müddei ve müddealeyh olurlar."

deliler hakkında gösterilen ruhsatlar ve hafifletmeler hep bu kuraldan ortaya çıkmıştır. Şu kadar ki bu kural mutlak olmayıp hakkında nas olmayan maddelerde geçerlidir.

Ancak nas olan maddelerde meşakkat teysiri celp edemez. Mesela, umum-ı belva hafifletme sebeplerinden olduğu ve insanın küçük abdestini yapmasında belva daha genel ve daha kapsamlı olduğu halde insanın küçük abdestinin pis olduğu nasla belirlenmiş olduğundan onda bu kural geçerli değildir.

Madde 18- **Bir iş zîk oldukça müttesi' olur.**

Yani bir işte meşakkat görülünce ruhsat ve vüsat gösterilir. Bu da 17. maddeden çıkarılmış ve ona yakın anlamdadır. Mesela, bir adamın borcunu ödemeye gücü olmaz ve kefilî de bulunmazsa, geniş vaktinde borcunu ödemek üzere serbest bırakılır.

Bunun gibi bir kere borcunu ödemeye gücü olmayan borçluya taksitle borcunu ödemesi için izin verilir.

916. madde gereğince bir çocuk diğerinin malını telef etse kendi malından tazmin etmesi gerekir. Malı yoksa malı olması beklenir, velisine tazmin ettirilmez.

17. madde gibi bu maddenin hükmü de nas yani delil olmayan yerlerde geçerlidir. Açık bir delil varsa bu kural uygulanmaz.

Madde 19- **Zarar ve mukabele bizzarar yoktur.**

Yani zarar vermek caiz olmadığı gibi bir ceza ve karşılık olarak da zarar vermek caiz değildir. Bu madde iki hükmü tazammun etmektedir. Birincisi, bir kimsenin diğer kimsenin malına ya zatına saldırarak zarar vermesi caiz olmaz. Mesela, birinin malını şer'î bir durum olmaksızın almak, ve bir hakkı olduğu halde onu ifa etmemek gibi bir şekilde zarar vermek zulüm olduğu için caiz olmaz. İkinci hüküm bir zarara karşılık olarak zarar verilmesidir. Yani bir kimse diğer kimseye zarar verdiğinde zarara uğrayan kimse karşılık olarak o kimseye zarar vermeye hakkı olmayıp, belki hakime müracaatla zararını hukuki yollarla gidermelidir.

Mecelle'nin 921. maddesi gereğince bir kimse zulme uğramakla başkasına zulmetmeye yetkili olamaz. Nitekim bir kimse aldanıp da diğer bir kimseden sahte para alsın o parayı başkasına vermeye yetkili değildir. Bunun gibi bir kabileden biri diğer kabileden bir şahsın malını itlaf etmekle o da önceki kabileden diğer birinin malını itlaf etse her biri telef ettiği malı tazmin eder.

Yine bir kimse diğerinin atını öldürmekle o da gidip karşılık olarak onun atını öldüremez. Öldürse her ikisi de tazmin etmelidir. Bir kimse birisinin duvarını haksız yere yıksa onun da gidip karşılık olarak onun duvarını yıkması ya da başka bir şekilde ona zarar vermesi meşru değildir. Ancak duvarı yıkılan kimse hükümete müracaatla zararını gidermelidir. 918. maddeye bak.

¹³¹ Madde 1541- "Ale'l-ıtlak sabi ile mecnun ve matuhun ibrası sahih olmaz."

¹³² Madde 1663- "Bu babda muteber yani davanın istima'ına mani olan müruruzaman ancak bila özür vaki olan müruruzamandır."

Yoksa müddeinin vasisi bulunsun bulunmasın sağır ya mecnun ya matuh olması yahut müddet-i sefer olan ahar diyarda bulunması veyahut hasmının mütegalibeden olması gibi a'zar-ı şer'iyeden biriyle mürur eden zamana itibar olunmaz. Binaenaleyh müruruzamanın mebdei özrün zeval ve indifai tarihinden itibar olunur...."

Madde 20- Zarar izâle olunur.

Yani zarar meşru bir surette giderilmelidir. Ancak kendi misliyle giderilemez. Nitekim 25. maddede açıklanacaktır. Ayıp muhayyerliği, görme muhayyerliği, şart muhayyerliği, nakit muhayyerliği, diğer muhayyerlikler, hacir ve şuf'a zararı gidermek içindir.

Şartları yerine geldiğinde bölmek ve bölmek mümkün değilse sırayla kullanmak (muhayee); hakimlerin atanması; Mecelle'nin Kitabü'l-İcare'sinde 545¹³³, 546, 548, 551, 556, 557, 594, 602, 603, 604, 606, 611. maddelerinde ve Kitabü'l-Gasp'ta 891¹³⁴, 912, 913, 914, 915, 916, 917. maddelerinde açıklanan zararın tazmini; Kitabü's-Şirket'te 1200¹³⁵, 1201, 1202, 1206, 1212, 1214. maddelerinde yer alan duvarlar hep bu kuraldan doğmaktadır. Mesela, Kitabü'l-Büyu'un altıncı babının altıncı faslında ayrıntılarıyla açıklandığı gibi mutlak satımla satılan bir malın eski bir ayıbı ortaya çıksa müşteri muhayyerdir. Dilerse satılanı kararlaştırdıkları semenle kabul eder. Dilerse geri verir. Eğer müşteri için ayıp sebebiyle muhayyerlik sabit olmayıp da geri vermeye hakkı olmasaydı razı olmadığı bir hal ile satılan kabul etmeye mecbur ve bu şekilde zarara uğraması lazım gelirdi. Zararı izale lazım olduğundan ayp muhayyerliği sabit ve meşru oldu.

Diğer muhayyerlikler de zararın giderilmesi için meşru olmuştur. Bunun gibi şuf'a yani satılan bir malı müşteriye kaç mal olduysa o miktar ile temellük etmek de kötü komşudan veya uygun olmayan ortaktan gelecek zararın giderilmesi için meşru olmuştur. Şufanın tafsilatı Mecelle'nin 9. Kitabının üçüncü ve hacirle ilgili meseleler ikinci babında yer alır.

1200. maddesi gereğince fahiş zarar, her halükârda giderilir. Mesela, bir evin bitişiğinde demirci dükkanı ya da değirmen yapılp da demiri döğmeden ya da değirmenin dönmesinden o evin binasına zarar gelse veya fırının dumanından o evde oturulamayacak derecede sahibi zor durumda olsa fahiş zarar olduğundan bu zararlar her halükârda giderilir. Bundan sonra açıklanacak 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31. maddeler bu kuraldan doğmaktadır.

Madde 21- Zaruretler memnu olan şeyleri mübah kılar.

Bu madde usulcülerin “ez-zarurâtü tebihu'l-mahzurât” kuralının tercümesidir. Zaruret, ıztırar ve ihtiyaç demektir ki yasaklanmış olan şeyin yapılmasını caiz görmeye sebep olan özürdür.

¹³³ Madde 545- “Bir mahall-i muayyene dek hayvan isticar eden kimse mukârinin izni olmadıkça o mahalli tecavüz edemez.

Ve tecavüz ettikte sağ ve salim sahibine teslim edinceye dek o hayvan müstecirin zamanında olup gerek zehabında ve gerek iyabında telef olsa zaman lazım gelir.”

¹³⁴ Madde 891- “Mal-ı mağsubu gâsıp istihlak ettikte zamin olması lazım geldiği gibi gerek anın teaddisi ile ve gerek bila teaddi telef ya zayi olduğu takdirde dahi zamin olur.

Şöyle ki kıyemiyattan ise zaman ve mekan-ı gasptaki kıymetini ve misliyattan ise mislini veremesi lazım gelir.”

¹³⁵ Madde 1200- “Zarar-ı fahiş bi eyyi vechin kân def ettirilir.

Mesela, bir hanenin ittisalinde demirci dükkanı yahut değirmen yapılp da demir darbından ya değirmenin deveranından ol hanenin binasına vehn gelmek yahut furun ihdas ile tütünün kesretinden veya bezirhane ihdas ile rayiha-i kerihesinden ol hanede oturulamayacak mertebe sahibi müteezzi olmak zarar-ı fahiş olmakla bu zararlar beyyiveçhin kân def ve izale ettirilir...”

Memnu, yapılması yasaklanmış olan şeydir ki haram demektir. Mübah, yapılıp yapılmaması hukuka göre müsavi olan şeydir.

Mükellefin fiilinin sıfatı olan şer'i hükümde, ya evvelen ve bizzat dünyayla ilgili maksatlar veya evvelen ve bizzat ahretle ilgili maksatlar göz önünde bulundurulur. Bir mükellefin fiili, kendisinde ilk olarak dünyayla ilgili maksatlar göz önünde bulundurulan hüküm açısından sahih, batıl, fasit, münakid, gayr-ı münakid, nafiz, gayr-ı nafiz, lazım, gar-ı lazım gibi kısımlara ayrılır. Kendisinde ilk olarak ahretle ilgili maksatlar göz önünde bulundurulan hüküm itibariyle bir mükellefin fiili azimet ve ruhsat olarak iki kısma ayrılır. Azimet, kişinin özü göz önünde bulundurulmadan başlangıçta meşru olan şeydir. Ruhsat, 17. madde tanımlanmıştır.

Azimet olan fiilin işlenmesi şâri'in nazarında terk edilmesine tercih edilirse de terk edilmesi kesin delil ile yasaklanmış ise farz, zanna dayalı bir delil ile yasaklanmışsa vacip, terk edilmesi yasaklanmış değil ise o fiil şer'de takip edilen bir yol ise sünnet, böyle değilse nafilidir.

Eğer fiilin terki işlenmesine tercih edilirse, işlenmesi yasaklanmışsa haram, yasak yok ise mekruhtur.

Eğer fiilin işlenip işlenmemesi şâri'in nazarında eşit ise mübahtır. Bu açıklamadan sonra kuralın şerihe geçebiliriz:

“Zaruretler memnu' olan şeyleri mübah kılar” demek ıztırar ve ihtiyaç ortaya çıktığında yasak olan şeyler hakkında mübah muamelesi yapılır. Yani faili sorumlu tutulmaz, demektir.

Usul-ü fıkhıta açıklandığına göre haram ve yasak üç çeşittir. Birincisi asla düşmeyen yani kendinse hiçbir şekilde ruhsat verilmeyen haramdır. Diğerini öldürme veya bir organını kesme fiillerinin haram olması gibi.

İkincisi zaruret ile düşen haramdır. Leş yemenin haram olması gibi. Üçüncüsü düşmeyip fakat zaruret halinde ruhsat verilen yani haram devam etmekle birlikte ilgili bir fiilin işlenmesine şâri' tarafından ruhsat verilen haramdır. Diğerinin malını telef etmek gibi. Bu üç çeşitten birincisinin asla düşme ihtimali olmadığından, bu kuralın manası, zaruretler yasak olan her şeyi mübah kılar, demek değildir. Çünkü yasak olan fiilin haramlığı birinci çeşit kabilinden ise zaruret onu mübah kılmaz. Mesela bir kimseye diğerini öldürmek veya bir organını kesme üzere ikrah olursa yani diğerini öldürmediği ya da bir organını kesmediği takdirde kendisinin öldürüleceği tehdidinde bulunulsa her ne kadar zaruret gerçekleşse de yasak olan adam öldürme veya bir organı kesme mübah olmayıp haramlığı devam eder. Şu kadar ki ikrah sebebiyle, kısas katilden düşer ve cebirde bulunan kimseye lazım gelir.

Yasak fiilin haramlığı, ikinci çeşitten ise zaruret o yasak fiili mübah kılar. Mesela leş yemek yasak ve haram olduğu halde bir yerde leşten başka yiyecek bir şey bulamayıp da açlıktan ölmek derecesine gelmiş olan bir adamın hayatını koruması için leş yemesi mübahtır ve haramlık düşer. Bunun gibi avret mahalline bakmak yasak iken, yara ve başka türlü hastalık halinde zaruret gerçekleştiğinden doktor ve ebe gibi kimselerin bakması mübahtır.

Yasak fiilin haramlığı üçüncü türden ise zaruret halinde tamamen mübah olmaz ise de suçun düşmesi ve failin sorumlu tutulmaması açısından mübah kabul edilir. Mesela, bir kimsenin malına saldırmak yasak iken aç kalıp da telef olma derecesine gelmiş olan bir kimse başkasının malını rızası olmasa bile zorla alarak yiyebilir. Zaruret sebebiyle suç düşmüş olup faili sorumlu tutulmaz. Fakat 33. maddede açıklanacağı gibi ıztırar gayrın hakkını iptal etmeyeceğinden bu zaruret kul hakkını düşürmeyip yediği malın bedelini vermesi veya mal sahibinden helalık alınması lazımdır.

Madde 22- Zaruretler kendi miktarlarınca takdir olunur.

Yani zaruret için caiz görülen şeyin ancak zarureti def edecek kadar yapılması caiz olur. Yoksa zarureti bahane ederek zaruret miktarından fazlası caiz değildir.

Mesela, açlıktan ölmek derecesine gelen bir kimse leşi veya bedelini tazmin etmek veya helallik istemek üzere başkasının malını yiyebilirse de ancak kendisini ölümden kurtaracak kadar yiyebilir. Fazlasını yiyemez. Doktor da avret mahalline ihtiyaç miktarı bakabilir. Fazlası caiz olmaz. Çünkü ölümden kurtulacak kadar yemek ve ihtiyaç miktarı kadar avret mahalline bakmak ile zaruret ortadan kalkar. Fazlasında zaruret yoktur.

Mecelle'nin 1202. maddesi gereğince mutfak, kuyu başı ve evin havlusu gibi kadınların bulunduğu yerlerin görünmesi fahiş zarardır. Bu sebeple bir kimse evine yaptığı penceresinden veyahut yeniden inşa ettiği binanın penceresinden bitişik komşusunun ya da çevredeki başka bir evin kadınlara ait olan yerlerini görüyor olsa bu zararın def'i ile emrolunur. O kimse kadınlara ait yerleri görünmeyecek şekilde duvar veya tahta perde yapıp o zararı def etmeye mecburdur. Ancak her halde penceresinin önünü kapatmaya zorlanamaz. Nitekim çitten yapılmış bir duvarın aralığından komşusunun kadınlara ait olan yerini görüyor olsa o aralığı kapatmak üzere duvarın sahibine emrolunur. Ancak yıkıp da duvar yapması emredilemez.

1317¹³⁶ ve 1685.¹³⁷ maddelere bak.

Madde 23- Bir özür için caiz olan şey, o özürün zevaliyle batıl olur.

Yani bir özür sebebiyle caiz sayılan şey, o özür ortadan kalktığında caiz olmaz. Bu kuralın ibadetler ve muamelâta uygulandığı meseleler bulunmaktadır.

Mesela, abdest almak için su bulamayan ya da hasta olup da abdest almaktan bedenine zarar isabet edeceği muhakkak olan kimse için teyemmüm ile namaz kılmaya ruhsat vardır. Fakat teyemmümden sonra abdeste yetecek su bulur ya da hastalıktan kurtulup iyileşirse, su bulamamak veya hastalık özründen dolayı caiz olan teyemmüm batıl olup abdest almak gerekir. Bunun gibi küçük, deli, bunak, sefih, müflis ve borcunu savsaklayan borçlu, hacr, küçüklük, delilik, bunaklık, sefihlik, iflas ve savsaklama özürlerine dayanır.

Mecelle'nin 9. kitabının ilk babında ayrıntılarıyla açıklandığı gibi küçük, deli ve bunak zaten kısıtlanmıştır. Sefih olan kimse ve alacaklıların talebiyle borçlu da hakim tarafından kısıtlanabilir.

Bu kısıtlılar, kısıtlılıkları yani kendi mallarında ve haklarında tasarrufa güç yetirememeleri başta açıklandığı gibi her birinde bir özür bulunmasına bağlıdır. Bu özürler ortadan kalkarsa artık kısıtlılık devam edemez. Belki kaldırılır.

Mesela, küçük bülüğa erip reşid olsa ve delil ile bunak iyileşse ve borçlu borcunu savsaklamadan vaz geçip borcunu ödeyiverse ve borçlu müflisin iflası ortadan kalkıp borcunu

¹³⁶ Madde 1317- “ İki hane beynindeki duvar münhedim olup da birinden diğerinin makârr-ı nisvan olan mahalli görünür olduğu cihetle birinin sahibi müştereken duvarı bina etmek istediği halde diğerinin sahibi imtina eylese binaya cebr olunmaz. Fakat tahtadan yahut sair nesneden bi'l-iştirak beyinlerinde bir sütte ittihaz etmeleri için hakim tarafından cebr olunur.”

¹³⁷ Madde 1685- “Hukuk-ı ibadda şehadetin nisabı iki er yahut bir er ile iki hatundur. Fakat erkeklerin ıtılalı mümkün olmayan yerlerde yalnız hatunların mal hakkında şehadetleri kabul olunur.”

ödese o halde kısıtlılıkları devam etmez. Sözlü tasarrufları mutlak bir şekilde geçerli olur. Bunun gibi kiralananda bir ayıp ortaya çıktığında, kiracının kirayı feshi caiz olur. Fakat fesihden önce kiralayana, sonradan ortaya çıkan ayıbı ortadan kaldırırsa kiracının fesih hakkı ortadan kalkar. Çünkü sonradan ortaya çıkan ayıp sebebiyle caiz görülen fesih, o özrün ortadan kalkmasıyla batıl olur.

Madde 24- Mani' zail oldukta memnu avdet eder.

Yani bir emrin sabit olmasına veya sıhhat ve caizliğine engel olan şey ortadan kalktığında yasaklanan yani o mani'in yasakladığı şey geri döner. Mesela bir çocuk, mümeyyiz iken taşıdığı bir maddeye çocukluğunda veya bir ama gözü görünürken şahit olduğu bir hususa amaliğinde şahadet etse bunların şahadetlerinin kabulüne engel olan küçüklük ve amalık mevcut olduğundan şahitlikleri kabul olunmaz. Ancak çocuk büluğa erdiğinde ve ama körlükten kurtulduktan sonra şahadet etseler mani olan küçüklük ve âmâlık ortadan kalktığından yasak olan şey geri dönerek şahitlikleri kabul edilir.

Bunun gibi Kitabü'l-Büyu'un altıncı faslında açıklandığı gibi mutlak satım ile satılan bir malın eski ayıbı ortaya çıktığında müşteri muhayyerdir. Dilerse geri verir ve dilerse kararlaştırılmış olan semen ile kabul eder. Fakat bahsedilen fasılda yazılı 345. madde gereğince satılanın müşteri yanında bir ayıbı ortaya çıktıktan sonra eski ayıbı ortaya çıksa müşterinin yanında yeni ortaya çıkmış olan ayıp redde engel olduğundan satıcı razı olmadıkça müşterinin satılanı satıcıya geri vermeye yetkisi yoktur.

Fakat semenin eksiltmesi iddiasına yetkisi vardır. Ancak 347. maddede açıklandığı gibi geri vermeye engel olan sonradan ortaya çıkan ayıp ortadan kalksa yasaklanmış olan geri verme hakkı geri döner. Eski ayıp yine geri vermeyi gerektirir.

Mesela, bir hayvan satın alınıp da müşteri yanında hasta olduktan sonra eski ayıbı meydana çıksa müşteri onu satıcıya geri veremeyip noksan-ı semeni alır. Fakat geri vermeye engel olan hastalık ortadan kalksa müşteri eski ayıp sebebiyle o hayvanı satıcıya geri verir.

Bunun gibi Mecelle'nin 862 ve 864. maddelerinde yazılı olduğu gibi hibe eden kabzetmeden önce hibeden kendi kendine ve kabzetmeden sonra hibe edilenin rızasıyla dönebilir. Hibe edilen razı olmazsa hakime müracaatla dönmeye engel yoksa hibeyi fesh ettirebilir. Dönmeye engel varsa hakim hibeyi fesh edemez.

Ancak dönmeye engel olan durum ortadan kalkarsa yasaklanan hak geri döner. Mesela, 869. maddede açıklandığı gibi hibe edilen mal arsa olup da hibe edilen onun üzerine bina yapsa ya da ağaç dikse hibe eden hibesinden dönemez. Ancak o binaları yıktırıp ve ağaçları söktürüp sırf arsa kalsa yasaklanan hak geri döner ve o halde hibe eden hibesinden dönerek hakime fesih ettirebilir.

Tenakuz yani 1615. maddede tanımladığı gibi müddeiden kendi davasına aykırı ve davasının butlanını gerektiren bir söz çıkmış olmak 1647. madde gereğince mülkiyet davasına engel olur. Fakat davayı dinlemeye engel olan tenakuz 1653 ve 1654. maddelerde açıklandığı gibi hasmın tasdikiyle veya hakimın yalanlamasıyla kalktığında yasak olan davanın dinlenmesi geri döner. Mesela, bir kimse kârz ile diğer bir kimseden şu kadar kuruş alacak dava ettikten sonra dönüp söz konusu alacağın kefaletten olduğunu iddia etse tenakuz bulunduğundan davası dinlenmez. Fakat davalı söz konusu borcun kefaletten bir borç olduğunu tasdik ederse davasının dinlenmesine engel olan çelişki, hasmın tasdikiyle kalktığında, yasaklanan geri dönerek davacının davası dinlenir ve davalının ikrarı gereğince hüküm verilir.

Bunun gibi bir kimse diğerk bir kimsenin elinde olan malını benimdir diye dava edip davalının da o mal falanın idi, ben ondan satın aldım diye inkar etmekle, müddei delil ileri sürüp de hüküm verilse, hükmedilen o malın semeniyle satıcıya döner. Yani o malı kendisine satan kimseden verdiği semeni geri alır. Gerçi ilk olarak o mal satıcının olduğunu ikrar etmesiyle sonraki dönmesi arasında tenakuz var ise de hakimin hükmüyle bu ikrarı yalanlandığından ve bu sebeple dinlemeye engel dava olan tenakuz kalktığından satıya dönmek sahih olur.

Madde 25- **Bir zarar kendi misliyle izale olunamaz.**

Yani her ne kadar zararın izalesi lazım gelirse de kendi gibi diğerk bir zarar ile izale olunmayıp belki zarar olmaksızın ve 27. maddede beyan olunacağı gibi mümkünse kendisinden daha hafif bir zarar ile giderilir.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin 1312. maddesi gereğince bir kimse bölünebilen müşterek mülkünü tamir etmek isteyip de ortağı geri dururken, kendi başına tamir etse bağıştta bulunmuş olur. Yani ortağına hissesiyle rücu' edemez. Eğer o kimse ortağının bu şekilde uzak durması üzerine hakime müracat etse bir zarar kendi misliyle giderilemediğinden tamire zorlanamaz. Fakat zorla ortak mal palaşılabilir. Paylaşmadan sonra o kimse kendi payında istediğini yapar. İşte bu maddede ortağın tamire zorlanamaması, bir zararın kendi misliyle giderilemediğindedir. Ancak 1313. maddede açıklandığı gibi değirmen ve hamam gibi paylaşılabilen bir müşterek malın, tamire ihtiyacı olup da sahiplerinden biri tamir etmek isteyip de ortağı uzak dursa hakimin izniyle kendi tarafından belli miktarda para harcayarak tamir eder ve masrafında ortağının hissesine isabet eden miktarı kendisinin onda alacağı olur. O ortak mülkü kiraya vererek, kira ücretinden söz konusu alacağını alabilir. Çünkü zarar misliyle izale olunmaz, belki daha hafif olanıyla ve mümkün olduğu kadar giderilir.

Madde 26- **Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur.**

Zarar- âm, genelle ilgili yani bir köy bir kasaba veyahut bir mahalle veya bir sokak halkını içine alan bir zarar; zarar-ı hâs ise bir veya birkaç şahsa münhasır olan bir zarardır.

Bu maddenin pek çok uygulamaları vardır. Kısaca, **tabib-i cahili men' etmek bu asıldan teferru' eder.** Cahil doktoru meslekten men etmekte kendisi hakkında şahsi bir zarar söz konusu ise de men edilmediği takdirde diğerk insanlara pek çok zarar vereceğinden, böyle bir genel zararı def için özel bir zarar tercih edilir ve 964. madde gereğince cahil doktor meslekten men edilir.

Hilekâr müflisi meslekten men etmek de böyledir. Çünkü parasız pulsuz hayvan tedarikine gücü olmayan bir takım adamlar binek ya da yük hayvanım vardır diye yolcuları aldatarak paralarını alıp savuşur giderler. Yolcular da seyr ü seferlerinden kalarak pek çok zarara uğrarlar. Bu sebeple bunda da genel zararı def için özel zarar tercih edilerek hilekâr müflis men edilir.

Sefihin ve alacaklının talebiyle borçlunun kısıtlanması da bunun gibidir. Eğer borçlu, kısıtlanmasa herkes borcunu ödemekten kaçınarak genel bir zararın doğmasına sebep olacağından, bu genel zararı def etmek için borçluyu kısıtlamak suretiyle özel zarar tercih edilir.

Bu maddeden doğan bir mesele de ana yola eğilmiş, yaşlanmış veya boyuna ve enine yarılmış bina ve duvarların, sahipleri razı olmasalar da yıktırılmasıdır. Çünkü, bu gibi bina ve duvarların bir gün kendi kendine birdenbire yıkılmasıyla enkaz altında bir hayli kimse ve bir çok mal kalarak telef olması gibi genel bir zarar söz konusu olup bunu def etmek için özel bir zarar

tercih edilir ve bu gibi bina ve cuvarlar yıktırılır. Bunun gibi 919. maddede açıklanacağı gibi bir yerde yangın sırasında, bir evin yıkılmasıyla bir hayli evlerin yangından kurtulacağı anlaşılırsa, genel zararı def etmek için özel bir zarar ihtiyar olunarak o ev yıktırılır.

Narh koyulması da bu kuraldan doğmaktadır. İnsanların zaruri ihtiyaçlarından olan şeylerin sahipleri, mallarını aşırı fiyatla satmakta ısrar ederlerse bu gibi şeylere narh koyulması yani bilirkişi ile istişare ederek bir fiyat belirlenip daha fazla bir fiyatla satılmasının yasaklanması caizdir. Bu da her ne kadar mal sahiplerine zarar demekse de özel bir zarardır. Narh koyulmadığı takdirde fakirlerin aşırı fiyatla malı almaya güçleri yetmediğinden aç kalmaları ise genel bir zarardır. Genel zararı def etmek için özel zarar tercih edilir.

Benzer şekilde buğday ve arpa gibi insanların zaruri ihtiyaçlarından olan şeyleri misli semenle satmaktan kaçınma durumu söz konusu ise ve insanlar da ona ihtiyaç duyuyorsa o mal cebren sattırılır. Her ne kadar bir kimsenin malını cebren sattırmak onun hakkında zarar ise de özel bir zarar olduğundan insanların veya hayvanların telef olması gibi genel bir zararı def etmek için tercih edilir. 1323. maddede açıklandığı gibi hakk-ı şirb sahiplerinden bazıları, ortak nehri temizlemek isteyip de bazıları direnirse bakılır. Eğer nehir herkesin kullandığı genel bir nehir ise direnen kimseye diğeriyle birlikte temizliğe katılması için cebir uygulanır. İşte genel bir nehir temizliğe ihtiyaç duyarsa, temizlenmediği takdirde zararı herkese olacağından genel zararı def etmek için özel zarar tercih edilir.

Madde 27- Zarar-ı eşed zarar-ı ehafla izale olunur.

Bu madde, “zarar izale olunur” maddesinin takyit ve tahsis eder. Yani her ne kadar zarar izale olunursa da kendi misli ve kendinden büyük bir zararla değil belki zararsız ve mümkün değilse kendisinden daha hafif olan bir zararla izale olunur.

1140. madde gereğince bir ortak ayının bölünmesi sahiplerinden birisine fayda ve diğeri zarar veriyorsa, bölünme faydasına olan kimse bölünmeyi isterse hakim onu hükmen bölebilir. Mesela, müşterek bir evde olanlardan birinin hissesi az olup da bölünmeden sonra o evden süknâ ile faydalanılamayacaksa, hissesi çok olan ortak bölünmeyi isterse hakim onu kaza yoluyla böler.

Bunun gibi bir kimse diğeri kimsenin ağacını gasp edip de onu inşa etmekte olduğu binanın bir tarafında kullanırsa, eğer binanın değeri gasp edilen ağacın değerinden fazla ise gasp eden kimse ağacın değerini sahibine vererek ağacı temellük eder. Her ne kadar sahibinin rızası olmadığı halde ağacı temellük etmesi zarar ise de binanın yıkılmasıyla gasp edilen ağacın iadesi de gasp eden hakkında daha şiddetli bir zarar olduğundan, ağır bir zararın hafif bir zararla giderilmesi kuralına göre gasp edilen malın değerini vererek temellük eder.

Benzer şekilde bir kimsenin tavuğu diğeri kimsenin incisini yutsa, eğer tavuğun değeri incinin değerinden fazla ise tavuk sahibi incinin değerini verip inciyi temellük eder. Eğer incinin değeri tavuğun değerinden fazla ise inci sahibi tavuğun değerini verip tavuğu alır. Zira şiddetli zarar hafif zararla giderilir.

Madde 28- İki fesad tearuz ettikte ehaffi irtikap ile a'zaminin çaresine bakılır.

Yani biri büyük diğeri küçük olan iki fesad karşılaştığında, küçük olanı işlenip büyük olanının çaresine bakılır.

Bu kural, “zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur” ve “ehveni’ş-şerreyn ihtiyar olunur” kurallarıyla eş anlamlıdır. Mecelle’nin 919. maddesinde açıklandığı gibi bir yerde yangın çıksa bir kimse bir evi sahibinin izni olmaksızın yıkıp ta orada yangın dursa eğer yetkili makamların izni ile yıkmış ise tazmin gerekmez. Çünkü o kimse sözkonusu evi yıkmasa idi yangın etrafa yayılarak doğacak zarar, ev sahibinin evinin yıkılmasıyla doğacak zarardan daha şiddetlidir. Bunun için etrafa yayılan yangın fesadıyla evin yıkılıp da ev sahibinin zarara uğraması fesadı karşılaştığından ikinci fesad daha hafif olmakla onu işleyerek daha büyük olan birinci fesadın çaresine bakılır.

Fakat karşılaşan iki fesat bir birine eşit olursa, bunlarla karşılaşan kimse hangisini dilerse onu seçebilir. Mesela, bir adam gemi ile giderken gemide yangın çıkıp söndürülmesi mümkün olmasa ve gemide durduğu takdirde yanacağı, denize atladığı takdirde boğulacağı muhakkak olsa İmamı Azam rahemtullahi aleyh hazretlerine göre burada iki fesat eşit ve adam da seçme hakkına sahiptir. Dilerse kendisini denize atar, dilerse gemide oturur ve yanar. İmameyn hazretlerine göre denize atılması kendi fiiliyle kendisini öldürmesi demek olduğundan iki fesat eşit olmamakla gemide oturup sabreder.

Bunun gibi bir adamı bir kimse alıp yüksek bir minareye çıkarıp ya buradan kendini aşağıya atacaksızın yoksa seni öldüreceğim, diye tehdit etse, burada da bir önceki meselede olduğu gibi ihtilaf vardır. İmameyn hazretlerine göre sebat edip, kendisin minareden aşağıya atmaz. İmamı Azam hazretlerine göre dilediğini seçebilir.

Fakat dört beş arşın yüksekliğinde bulunan bir yerden ya kendini buradan aşağıya atacaksın veya öldürüleceksin, diye tehdit olunan kimse hakkında atlamak evladır. Çünkü burada karşılaşan iki fesatın büyüğü öldürülme, küçüğü kendini aşağıya atma olduğundan bu halde küçük olanı işlemek gerekir. Zira oradan atladığı vakit kendinin ölmeme ihtimali yüksektir.

Madde 29- Ehveni’ş-şerreyn ihtiyar olunur.

Mesela Mecelle’nin 902. maddesinde yazılı olduğu gibi bir dağ üzerindeki bahçe ile beraber alt taraftaki diğer bir bahçe üzerine yıkılıp düşse, değeri az olan değeri çok olana tabi olur. Yani değeri çok olanın sahibi değeri az olanın zararını tazmin ederek, o yeri temellük eder. Mesela, dağ yıkılmadan önce üst tarafta ki bahçenin değeri bin ve alt taraftaki bahçenin değeri bin beşyüz lira olsa, ikincinin sahibi bin lirayı öncekinin sahibine vererek orasını zapt eder.

Bu kural “iki fesat tearuz ettikte ehaffi irtikap ile azamı def edilir” ve keza “zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur” kurallarıyla anlam olarak bir olduğundan onlarla ilgili söylenenler burada da geçerlidir.

Madde 30- Def-i mefasid celb-i menafi’den evladır.

Yani bir şeyde zarar ve menfaat karşılaştığında zararın def-i menfaatin celbinden önce gelir. Mesela, Mecelle’nin 1192. maddesi gereğince üst katı birisinin alt katı diğerinin mülkü olan binada, üst katın sahibinin alt katta hakk-ı kararı ve alt kat sahibinin üst katta hakk-ı sakfı yani güneşten ve yağmurdan korunma hakkı olmakla birisi diğerinin izni olmadıkça ona zarar verebilecek bir şey yapamaz ve kendi katını yıkamaz. Çünkü mutasarrıf, mülkünde istediği gibi tasarruf edebilirse de başkasının hakkı olan bir mülkte mâlik, tek başına tasarruftan men edilmiştir. Zira onun tek başına tasarrufukendi hakkında bir mefaati celb ise de başkası hakkında bir zararı doğduğundan def-i mefasid celb-i menafiden evla olduğu için yukarıdaki gibi bir

tasarruftan men edilir. Ancak 1207 ve 1208. maddelerde açıklandığı gibi bir kimse meşru olarak mülkünde tasarruf etmekte iken başkası onun yanında bina inşa eder ve kendisi zarara uğrarsa zararını ancak kendi def etmelidir. Mesela bir evin eski pencerelerinden diğer kimsenin sonradan yapılmış evinin kadınlara ait bölümü görülse sonradan yapılan evin sahibi kendi zararı kendisi def etmelidir. Eski ev sahibinden bir hak talep edemez.

Nitekim bir kimse demirci dükkanına bitişik tarlasında bir ev yapsa demirin döğülmesinden dolayı evinde fahiş zarar ortaya çıkıyor diye demirciyi kapattıramaz. Bunun gibi eskiden harman yeri olan bir evin yakınında bir kimse bir ev yapsa harmanın tozu evimin üzerine geliyor diye harman sahibini harman döğmekten men edemez.

Bir evin eski pencerelerinden komşunun boş arsası görünüyor iken ev yapıp da daha önce komşusu o arsada ev yaptıktan sonra o evi de eski ev tarzında yapıp açtığı pencerelerden o yeni evin kadınlara ait yeri görünürse bu zararı ev sahibi kendisi kaldırmalıdır. Ev sahibine bu tarafa bakan pencerelerini kapat diyemez.

Madde 31- **Zarar bi kaderi'l-imkan izale olunur.**

Yani zarar mümkün olduğu kadar giderilir. Mesela Mecelle'nin 890. maddesinde açıklandığı gibi bir malı gasp eden gaspettiği malı aynen gasp ettiği yerde sahibine geri vermelidir. Fakat 891. madde gereğince gasp eden gaspettiği malı harcamış veya telef olmuşsa o mal misli¹³⁸ mallardan ise mislini ve kıyemiyattan ise gasp zamanındaki değerini ödemesi gerekir. Çünkü gasp edilen aynın telef olduğundan aynen geri verilmesi mümkün olmayıp ancak misli eşyalarda mislini ve kıyemi mallarda kıymetini tazmin ederek zararın defi mümkün olabileğine ve zarar imkan dairesinde izale olunacağına binaen o şekilde tazmin eder.

Bu maddeden doğan meselelerden birisi de Mecelle'nin 1202. maddesinde yer alır: Kuyu başı mutfak ve evinin havlusu gibi kadınlara ait olan yerlerin görünmesi fahiş zarar kabul edilir. Bu sebeple bir kimsenin evinde yaptığı penceresinden ya da sonradan yaptırdığı binanın penceresinden bitişik komşusunun veya sokak aşırı evi olan bir kimsenin kadınlara ait yerleri görünse bu zararın kaldırılması emredilir. O kimse de kadınlar görünmeyecek şekilde duvar ya da tahta perde yaptırarak o zararı def etmeye mecbur olur. Ancak her halde penceresini kapatmaya cebr olunamaz. Zira zarar imkan dairesinde izale edilir.

Bunun gibi çitten yapılmış bir duvarın aralığından bitişik komşusunun kadınlara ait olan yeri görünür olsa o aralıkları kapatmak üzere duvarın sahibine emredilir. Ancak onu yıkıp da duvar yapmak üzere cebr olunamaz. Bu maddeden doğan maddelerden birisi de Mecelle'nin 1212. maddesinde yer alır. Şöyle ki, bir kimsenin su kuyusu yakınında komşusu bir tuvalet yapsa o kuyunun suyunu bozsa derhal zararı def ettirilir. Bu şekilde zararı def mümkün olmazsa o tuvalet kapatılır.

Bunun gibi bir su yolunun yanında birinin yaptığı lağımın pis suyu, su yoluna ulaşıp da fahiş zarar doğsa kapatmaktan başka şekilde zararı ortadan kaldırmak mümkün olmazsa o lağım kapatılır.

Madde 32- **Hacet** yani insanların ihtiyacı **umumî olsun hususî olsun zaruret menzilesine tenzil** ve zaruret sebebiyle yasak olan şeyler caiz olduğu gibi ihtiyaç sebebiyle de caiz kabul **olunur.**

¹³⁸ Misli: Çarşı pazarda aynı fiyatla kendisi gibisi bulunan mal. Erdoğan, s. 381.

Bey bi'l-vafada sözleşmenin taraflarından birisine faydası bulunan şart mevcut olduğu cihetle caiz olmaması gerekirken bey bi'l-vefanın **tecvizi bu kabildendir**. Yani ihtiyaç zaruret derecesine indirildiğinden caiz kabul edilmesi kabilindendir **ki Buhara ahalesinde borç teksir ettikde görülen ihtiyaç üzerine bu bey bi'l-vefa muamelesi meriyü'l-icra olmuştur**.

Bunun gibi hamamda ne kadar süre kalınacağı ve ne kadar su döküleceyi bilinemediğinden, kıyasa göre hamama ücret ile girmek caiz değildir. Ancak insanların ihtiyacı sebebiyle kıyasın hilafına caiz görüldü.

Yine Mecelle'nin 205. maddesi gereğince mevcut olmayan bir şeyin satımı batıl olduğundan selem, istisna ve kirada satım ve temlik mevcut olmayan bir şey türünden olduğu için bu gibi tasarrufların da caiz olmaması gerekirdi. Ancak insanlar arasında hasıl olan ihtiyaç üzerine selem ve kira nas ile ve istisna da icma ile caiz olmuştur. Çünkü ihtiyaç umumî olsun hususî olsun zaruret menzilesine tenzil olunur.

Selem, 123. maddede açıklanacağı üzere müecceli muaccele satmak yani peşin para ile veresiye mal almaktır.

Kira, 404 ve 405. maddelerde açıklanacağı üzere kiraya vermek yani menfaatı, ücret karşılığında temlik etmektir.

İstisna, 124. madde gereğince bir şey yapmak üzere ehl-i sanatla sözleşme yapmaktır.

İcma, içtihadî bir şer'î hüküm üzerinde bir asırda müçtehidlerin ittifak etmeleridir.

Madde 33- **Iztırar gayrın hakkını iptal etmez.**

Iztırar, bir işi işlemeye mecbur olmak demektir. Yani bir kimsenin ıztırar ve mecburiyet üzerine 21. madde gereğince yasak olan fiili işlemesi caiz olur ise de o fiili işlemesinden dolayı başka bir kimsenin hakkına tecavüz edilmiş ise ıztırar sebebiyle o kimsenin hakkı batıl olmaz. Belki o hakkı ödemek lazım gelir. **Binaen ala zalik** mesela çölde bulunan **bir adam aç kalıp da** ölmek derecesine geldiğinde ve arkadaşında yiyecek bulunduğu halde ücretiyle vermemesi halinde 21. maddeye göre ölümden kurtulmak için **birinin** mesela arkadaşının, ölümden kurtulacak kadar **ekmeğini** ya da yiyecek başka bir şeyini izni olmaksızın **yese** bu şekilde başkasının malını rızası olmaksızın alıp yediğinden dolayı o adama ceza verilmez. Çünkü zaruretlar, memnu olan şeyleri yasak kılar.

Fakat ıztırar gayrın hakkını iptal etmeyeceğinden sırf ıztırar sebebiyle alıp yemesi, bedelini vermekten kurtulması anlamına glemeyip **ba'dehu** yani ıztırar ortadan kalktıktan sonra o adamın yediği şey kıyemiyattan ise **kıymetini** ve misli eşyalardan ise mislini sahibine **vermesi lazım gelir**. Meğer ki sahibi helal ederse o halde tazmini gerekmez.

Bunun gibi ikrah-ı mülci hem sözlü hem de fiilî tasarruflarda geçerli olduğundan, ikraha maruz kalan kimse diğerinin malını telef etse tazmin etmesi gerekmez ise de ikrahy yapan kimseye tazmin lazım gelir. İkrahı gayrı mülci ile ikrah olunarak başkasının malını telef ederse ikrah eden kimsenin tazmin etmesi gerekmez, ancak failin tazmin etmesi gerekir. Mesela, tehdidini yapmaya gücü yeten bir kimsenin diğer bir kimseye, falan kimsenin atını öldür, öldürmezsen ben seni öldürürüm, diye ikrah-ı mülci ile ikrah edip de o da öldürürse failin zararı tazmin etmesi gerekmez, ikrah edenin zararı tazmin etmesi gerekir. Fakat o adam falan kimsenin atını öldür, öldürmezsen seni döğërim ya dahir kaç gün hap ederim, diye ikrahı gayr-ı mülci ile ikrah edip de o da atı öldürse atın değerini vermesi gerekir. Kısaca ıztırar başkasının hakkının iptal etmez, birinci durumda emreden mükrihin ikinci durumda ikraha maruz kalan failin zararı tazmin etmesi gerekir.

Bunun gibi bir adamın kudurmuş ineği başkasının üzerine saldırırsa ve ineği öldürmekten başka kurtuluş yolu olmasa, o kimse atı öldürebilir. Böyle ıztırar ve mecburiyet üzerine öldürmesi sebebiyle öldüren kimseye ceza verilmez. Fakat devenin kıymetini sahibine vermelidir. Çünkü ıztırar gayrın hakkını iptal etmez.

Madde 34- Alması memnu' olan şeyin vermesi dahi memnu' olur.

Yani bir kimseye alması haram ve yasak olan şeyi vermek, veren hakkında da haram ve yasaktır. Mesela, rüşvet almak, alana yasak olduğu gibi verene de yasaktır. Ücret-i naiha da böyledir. Naiha, ücret ile ölünün evinde ve cenaze arkasından ölenin iyiliklerini sayarak ağlayan kadındır. Bu kadının ağlaması karşılığında ücret alması yasak olduğu gibi ücret vermek de yasaktır. Ancak bu maddenin bazı istisnaları vardır. Mesela, bir kimse dağda teröristlere rastlayıp o kimseden rüşvet isteseler ve vermediği takdirde kurtulması mümkün olmasa, rüşvet vermesi caiz olur. Bunun gibi bir çocuğun malını bir gasıp gasp edip velisinin delili olmadığı gibi gasıbın yalan yere yemin edeceği ve rüşvet almadıkça gasbettiği malı iade etmeyeceği anlaşılırsa, veli veya vasi rüşvet verip gasp edilen malı kurtarabilirler. Bu iki durumda zaruret bulunduğundan 21. maddeye göre rüşveti vermek veren hakkında memnu' değil ise de almak alan hakkın memnu'dur.

Madde 35- İşlenmesi memnu' olan şeyin, istenmesi dahi memnu' olur.

Yani bir şeyin işlenmesi yasak ise o şeyin yapılmasını başkasından istemek ve o şeyin yapılmasına aracı olmak da şer'an yasaktır. Mesela, bir kimseye başkasına zulm etmek ve rüşvet almak ve yalan yere şahitlik etmek şer'an yasak olduğu gibi başka bir adama falana şöyle zulüm et ya da falandan şu şekilde rüşvet al veya falan işe yalan yere şahitlik et, diye şer'an caiz olmayan şeyi ondan istemek ve o fiile teşvik etmek de yasaktır. Nasıl ki o fiili kendisi yapmaktan men olunmuş ise başkasına yaptırmasına da izin yoktur.

Aşağıdaki mesele, bu maddenin istisnasıdır. Mesela, bir adamın yalan yere yemin etmesi caiz olmadığı halde kendisinin doğru davasını davalı inkâr edip de ispatlayamazsa, davalıdan yemin istemesi yasak değildir. Halbuki davacının davasını doğru ve davalıda onu inkâr ettiğinden yemin edecek olursa yalan yere yemin edeceği bellidir. Yalan yere yemin etmek caiz olmadığı gibi yalan yere yemin etmesini talep etmek de caiz olmamalı iken bu meselede caiz olmuştur. Zira yemin, yeminden dönmenin ümit edilmesi sebebiyle yapılır. Yani belki davalı yeminden döner de davacının hakkı yerine gelir, ümidine dayanır. Eğer bu şekilde yemin caiz olmazsa davacının hakkını zayi etmesi kuvvetli ihtimaldir. Bu sebeple 17 ve 21. maddelerde açıklandığı gibi meşakkat teysiri celbeder. Zuretler memnu olan şeyleri mübah kılar, kurallarına göre davacı davasını ispattan aciz olursa davalıdan yemin etmesini istemesi caiz olur.

Madde 36- Adet muhakkemdir.

Yani hükm-i şer'iyi ispat için örf ve adet hakem kılınır. Gerek âm olsun ve gerek hâs olsun.

Adet, insanlar arasında düzenli olarak uygulanan ve selim tabiatlı kimseler yanında makbul olan işlerdir. Bir şeyde adetin varlığı, o şeyin çok kere tekrarıyla ortaya çıkar. Yoksa bir iki kere gerçekleşmesiyle adet olmaz.

Örf, akılların şahitliğiyle meşhur olup selim tabiatlı kimselerin kabul ettikleri şeydir. Bu maddede adet, örf üzerine atfedilmiş olup, ikisi de aynı anlamda kullanılmaktadır. Örf iki çeşittir. Bir genel, diğeri özel.

Genel örf, kurucusu belirli olmayan büyük bir topluluğun örfüdür. Bütün ülkelerde ya da ülkelerin çoğunda uygulanan örfler gibi.

Özel örf ise sınırlı bir topluluğun kabul ettiği öftür. Bir meslek gurubuna, bir millete, bir bölgeye, bazı esnaflara mahsus olan örfler gibi.

Bu anlamdaki özel örf, şer'i örfü de kapsar. Bu sebeple şer'i örf ayrı bir tür olarak belirtilmemiştir. Hakkında nas bulunmayan olaylarda o olayın şer'i hükmünü ispat etmek için ittifakla örf ve adete baş vurulur. Yani hakkında nas olmayan konularda örf ve adet hakem kabul edilerek gereğince amel edilir.

Ancak hakkında nas bulunan konularda nas ile adet çatırsa Tarafeyn hazretlerine ve İmam Ebu Yusuf'dan bir rivayete göre nassa itibar edilir. İmam Ebu Yusuf hazretlerinden diğeri bir rivayete göre ise, eğer nas, örf ve adete dayanıyor ise, örf ve adete itibar edilir. Değil ise nassa itibar edilir. Mesela, zeytin ve yağ gibi şeylerin alım satımlarının ölçme veya tartma ile olması hakkında nas olmadığından, bunların alım satımında ihtiyaç anında insanlar arasındaki örf adetlere bakılır. Ancak buğday, arpa, tuz ve hurmanın alım satımı ölçü ile; altın ve gümüşün alım satımı tartı ile olması hakkında nas bulunduğundan İmam Ebu Hanife ve İmam Muhammed rahimehumallahü teala hazretlerine ve İmam Ebu Yusuf'tan bir rivayete göre bunların alım satımında nassa itibar edilir. Nassa aykırı olarak insanların teamüllerine bakılmaz.

İmam Ebu Yusuf hazretlerinden diğeri rivayete göre dört şey denilen buğday, arpa, tuz ve hurma alış verişlerinde ölçü; altın ve gümüşün alım satımında tartı kullanılması hakkındaki nas, asrı saadette insanların örf ve adeti öyle olmasındandır. Bunun gibi örf ve adetlere dayanmayan nassın hükmü, örf ve adetin değişmesiyle değişeceğinden, örf ve adete itibar edilir.

Bazı muhakkik alimler, İmam Ebu Yusuf'tan ikinci rivayeti tecih etmişlerdir. Bugün insanların tuzu, hurmayı tartarak ve altın ile gümüşü sayarak alıp vermeleri ancak Ebu Yusufun ikinci rivayetine dayanabilir.

Genel örf ile genel bir hüküm sabit olur. Mesela, Mecelle'nin 205. maddesi hükmüne göre mevcut olmayan şeyin satımı batıl olması, nas ile sabit bir şer'i hükmüdür. Ancak bütün bölgelerde geçerli örf ve teamül sebebiyle istisna sözleşmesi caiz görülmüştür İstisna ve benzerlerinin dışında, zikredilen nas ile amel edilir.

Özel örf ile özel hüküm sabit olur. Yani bir özel örfü kendilerine örf ve adet kabul eden kimselere mahsus olarak özel hüküm sabit olur. Mesela, Mecelle'nin 188. maddesi (251. maddeye de bak) gereğince bir bölgedeki örf ve adette yer alan şart ile yapılan satım sözleşmesi sahih ve o şart da geçerlidir. Bu sebeple küreği kaplamak şartıyla satmanın adet olduğu bir bölge ahalisinden biri, zikredilen şart ile birlikte o bölgede birine bir kürek satsa satım sözleşmesi sahih ve şart da geçerli olarak satıcının bu şarta uyması gerekir. Fakat bu şart ile satımın adetten olmadığı bir bölgede bir kimse bu şart ile kürek satsa şart fasid, satım fasid olur.

Bu maddeden doğan meseleler şunlardır: Mecelle'nin 223. maddesi gereğince satılan şeyin müstemilatından ya da sürekli bitişik tabilerinden olmayan ve satılan şeyin cüzü hükmünde veya onunla beraber satılması örf ve adetten bulunmayan şeyler satım sırasında zikr olunmadıkça satıma dahil değildir. Mesela, ev satımında yerli olmayan dolap, kanep ve sandalye; bağ ve bahçe satımında limon ve çiçek saksıları; arazi satımında ekin; ağaçların atılmasında meyve, pazarlıkta zikir ve şart edilmedikçe satılanla beraber satılmış sayılmaz. Fakat birlikte satılması örf ve adetten olan yerlerde binek atının gemi, yük beygirinin yuları, zikredilmeden satıma dahil olur.

Bunun gibi 244. maddede gösterildiği gibi bir tür sikkeler yerine cüzleri de verilebilir. Fakat bu hususta bölgedeki örf ve adete bakılmalıdır. Bir şey karşılığında yirmilik mecdiye diye pazarlık olduğu takdirde yirmilik yerine cüzlerinden olan onluk ile çaryek ve beşlik de verilir. Şimdi Dersaadet'te geçerli olan örf ve adet gereğinden olarak yirmilik cüzlerinden kırklık ve ikilik verilemez.

Bunun gibi 251. maddede yer aldığı gibi mutlak saım, peşin olmak üzere kurulur. Fakat mutlak satım belli bir süre geçici ve taksitli olmak üzere örf ve adet olan erde o süre şart edilmiş demektir. Mesela, peşin ya da veresiye sözü olmaksızın birisi çarşıdan bir şey alsa akçesini peşin vermesi gerekir. Ancak ay veya hafta başında semenin tamamını veya bir miktarını almak bölgenin adetinden ise o adete uymak gerekir.

Yine 291. madde hükmünce odun ve kömür gibi hayvan üzerinde yüklü olarak satılan şeyleri müşterinin evine taşımak meselesinde bölgedeki örf ve adet ne ise ona uyulur.

353. madde hükmünce buyday ve benzeri hububat topraklı çıktığı takdirde adet olarak az kabul edilirse satım sahih ve lazım ve eğer insanlar arasında ayıp kabul edilecek derecede çok ise müşteri muhayyer olur. Keza Mecelle'nin 354. maddesinde beyan olunduğu üzere yumurta ve ceviz gibi şeylerin bazıları fena ve çürük çıksa yüzde üç gibi örf ve adete göre çok kabul edilmeyecek derecesi dikkate alınmayıp, yüzde on gibi örf ve adete göre çok kabul edilecek derecesi dikkate alınarak müşteri muhayyer olur. Dilerse kabul eder ve dilerse satılanı astıcıya geri vererek semenin tamamını geri alır.

Yine 495. madde gereğince bir kimse bir gün çalışmak üzere bir işçi tutsa güneşin doğmasından ikindiye kadar ya da güneşin batmasına kadar çalışmak konusunda bölgedeki örf ve adet ne ise ona göre hareket edilir.

Yine 555. madde gereğince yükün miktarı söz ya da işaretle belirtilmeyerek hayvan kiralanırsa, miktarı örf ve adete göre belirlenir.

Bunun gibi 1415. madde gereğince mutlak mudarebede mudarebe konusu malı mudarip kendi malıyla karıştırmaya ve başkasına mudarebeye vermeye sırf mudarebe sözleşmesiyle izinli olmaz. Fakat mudaripin mudarebe konusu malı kendi malları ile kârıştırmaları adet olan bölgede ise mutlak mudarebede mudarip ona da izinli olur.

Madde 37- **Nasın istimali** yani insanların şer'e muhalif olmayan örf ve adetleri **bir hüccettir** yani bir delildir **ki** ihtiyaç anında ona müracat ve **onunla amel vacip olur.**

Bu madde de "adet muhakkemdir" maddesiyle anlam olarak birdir. Mecelle'nin 399. maddesinde yazılı olduğu gibi bir kimse bir ayakkabıcıya ayağını göstererek falan çeşit derinden şu kadar liraya bana bir çift ayakkabı yap, deyip o da kabul etse istisna ile satım akdi yapılmış olur. Bunun gibi marangoz ile özelliklerini belirterek bir kayık ya da bir gemi yapmak üzere pazarlık etse veya özellikleri belirtilerek her biri şu kadar liraya olmak üzere bir fabrika sahibi ile bir tüfek yapması hakkında anlaşılrsa istisna akdi kurulmuş olur. Her ne kadar var olmayan bir şeyin satımı

yasak ise de insanların kullandığı şeyle amel etmek vacip olduğundan, istisna akdi caiz kabul edilmiştir.

Yine Mecelle'nin 389. maddesinde yazılı olduğu gibi istisna akdi kurulan şeylerde süre belirtilsin ya da belirtilmesin istisna sahihtir. Ancak istisna sözleşmesi yapılması konusunda teamül bulunmayan şeylerde süre açıklanırsa selem olduğundan, selem şartlarına uymak gerekir.

Madde 38- Âdeten mümteni' olan şey hakikaten mümteni' gibidir.

İmtina, imkansızlık demektir. İmkansızlık ya âdet ile ya hakikaten olur. Hakiki imkansızlık bir şeyin yokluğunun aklen zaruri olmasıdır. Âdet ile imkansızlık ise bir şeyin varlığının âdet olarak imkansız olmasıdır. Şer'i hükümlerde âdet olarak imkansız olan şey, hakikaten de imkansız sayılır. Bu sebeple bir kimse diğer bir kimseye bir hak ikrar ederse ikrarıyla bağlıdır. Zira akıllı ve bülûğa ermiş kimsenin kendi üzerine yalandan bir şey ikrar etmesi âdet olarak imkansızdır. Âdet olarak imkansız olan şey de hakikaten imkansız gibidir. Ancak Mecelle'nin 1589. maddesinde açıklandığı gibi ikrar eden kimse ikrarında yalancı olduğunu iddia etse İmam Ebu Yusuf hazretlerine göre onun yalancı olmadığına lehine ikrar edilen kimseye yemin ettirilir.

Bunun gibi Mecelle'nin 1629. maddesi gereğince dava konusunun varlığının mutemel olması şarttır. Bu sebeple aklen veya âdet olarak imkansız olan şeyi iddia etmek sahih değildir. Mesela, bir kimse kendisinden yaş olarak büyük ya da nesebi bilinen bir kimse hakkında, bu benim oğlumdur, diye iddia etse davası dinlenmez. Çünkü kendisinden yaş olarak büyük bir adamın kendisinin oğlu olması akıl olarak ve nesebi belli kimsenin kendi oğlu olması âdet olarak imkansızdır. Âdet ile imkansız olan şey de hakikaten imkansız gibidir.

Bunun gibi fakirliği ile meşhur bir kimse külliyetli bir meblağı bir kere diğerine borç veren ya da büyük bir malın kendisinden gasp edildiğini iddia etse bu da âdet ile imkansız hallerden olduğu için davası dinlenmez.

Madde 39- Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.

Ancak zamanın değişmesiyle değişecek olan şer'i hükümler, örf ve adete dayalı olan hükümlerdir. Yani zamanın değişmesiyle insanların halleri, örf ve adetleri de değişeceğinden bunların üzerine kuruluolan hükümler de değişir. Mesela, eski hukukçulara göre satın alınacak evin bir odasını görmek yeterli olup, ondan sonra satın alan diğer odaları gördüğünde görme muhayyerliği yoktur. Sonraki hukukçulara göre ise her odasını görmek gerekir. Her odasını görmedikçe görme muhayyerliği devam eder. Bu ise delile bağlı bir ihtilaf olmayıp, belki inşaat hakkında örf ve âdetin ihtilafından doğmuştur ki eski hukukçular zamanında evlerin her odası aynı olduğundan, bir odasını görmek diğerlerini görmeye engel olmuştur. Ancak sonraları evlerin inşaat tarzı değiştiği gibi bir evin odaları çeşitli şekillerde yapıldığından, evin bir odasını görmek diğerlerin görmeye engel olmamış, her odasını görmek gerekmiştir. Aslında satın alma amacının gerçekleşmesine yetecek seviyede bir bilgi sahibi olmak gerektiğinden, şer'i kural asıl olarak

değişmeyip, bunun olaylara uygulanması, zamanın değişmesiyle değişmektedir. Mecelle'nin başındaki mazbataya ve 326. maddeye bak¹³⁹.

Şahitlerin dürüstlüğü hakkında İmam Ebu Hanife hazretleri ile İmameyn hazretleri arasındaki ihtilaf da zamanın değişmesine dayanır. İmam Ebu Hanife hazretleri kendi asırlarında insanlarda doğruluğa şahit olduğundan, hasmı istemedikçe şahitlerin temize çıkarılmasına lüzum görmeyerek, görünür adalete göre hüküm vermeyi caiz saymıştır. Ancak sonraları İmameyn hazretleri insanların fesada meyillerini hissettiklerinden, hasım istese de istemese de şahitlerin görünür adaletlerine bakılarak hüküm verilmesini caiz saymayıp, şahitlerin gizli ve açık şekilde temize çıkarılmalarının gereğine karar vermişlerdir. Sonraki hukukçular hep İmameyn hazretlerinin görüşlerine fetva vermiş oldukları gibi Mecelle'nin 1716. maddesinde de İmameyn hazretlerinin görüşleri tercih edilmiş olduğundan zamanımızda hakimler bir davada dinledikleri şahitleri gizli ve açık temize çıkarmadıkça hüküm veremez, verirse hükmü nafiz olmaz.

Bunun gibi Mecelle'nin 596. maddesi gereğince gasp eden kimseye gasp ettiği şeyi tazmin etmesi gerekmez. Ancak sonraları hukukçular insanların vakıf ve yetim mallarına hırs ve tama'larını gözlemlediklerinden bu maddenin istisnai fıkrası gereğince vakıf ve yetim mallarını korumak açısından bunlarda tazmin gerektiğine fetva verdiler. Ancak örf ve adete ve insanların hallerine dayalı olmayan hükümler değişmez. Mesela, zulüm ve yolsuzluk her zaman yasaktır. Bundaki yasaklık hiçbir zaman değişmez.

Madde 40- Âdetin delaletiyle mana-yı hakiki terk olunur.

Beyan ilmine göre, beyanın üç yolu vardır: hakikat, mecaz ve kinaye. Fakat usulcülere göre kinayenin bazısı hakikat, bazısı mecaz olduğundan, aslında beyan, hakikat ve mecaz olmak üzere ikiye ayrılır. 12. maddenin şerhinde açıklandığı gibi hakikat asıl, mecaz ise onun fer'idir. Bu sebeple bir söz söylendiğinde hakiki manaya yorulur. Hakiki mananın istenmesine engel bir karine bulunmadıkça mecaza yorulmaz. Fakat hakiki manaya yormaya engel bir durum ya da âdet veya şer' açısından sınırlanmış ya da terkedilmiş olmak gibi bir karine var ise mecaz manaya yorulur. Çünkü sözün kullanılması, kullanılmamasından iyidir. Şimdi bir sözün hakiki manasını kastetmeye engel karinelere birisi özür halidir ki 61. maddede açıklanacaktır. Hakiki mananın kastedilmesine engel karinelere birisi de âdet yönüyle sınırlılıktır ki açıklamakta olduğumuz 40. madde bundan ibarettir. 36. maddede açıklandığı gibi "âdet muhakkem" olduğundan "âdetin delaletiyle mana-yı hakiki terk olunur". Yani bir sözün hakiki manası âdet yönüyle kısıtlanmış olursa, o söz mecaz manaya yorulur. Mesela, bir kimse falan kimsenin evine ayağımı basmadım diye yemin etse hakiki mana olan eve ayak basmak âdet yönüyle sınırlanmış olduğundan, "sebebi zikir müsebbebi irade" yoluyla mutlak olarak eve girmek murad olunur. Ve yemin eden adam, o kimsenin evine girmeyip de yalnız ayağını atarsa, yeminini bozmuş olmaz. Ancak gerek ayakkabı ile gerek çıplak ayakla, gerek yaya ve gerek hayvanla o kimsenin evine girse yeminini bozmuş olur. Bunun gibi 1584. maddede açıklandığı gibi şarta bağlanan ikrar batıl olduğu halde örf adette vadesi gelecek olan bir zamana ertelenirse, ertelenmiş borç ikrara yorulur. Şöyle ki bir kimse diğer kimseye, ben falan yere varırsam ya da falan işi görürsem sana şu kadar lira borcum olsun, dese, bu ikrarı batıl olup, bahsedilen meblağın ödenmesi gerekmez. Ancak falan ayın başı ya da kasımın ortası gelirse sana şu kadar lira borcum olsun, dese bir vadeye bağlanmış olan bu borç ikrara yorulur. Ve o vadenin gelmesinde bahsedilecek meblağın ödenmesi gerekir. Çünkü bu sözde hakiki

¹³⁹ Madde 326- "Han ve hane gibi akâratın iştirasında her odasını görmek lazımdır. Fakat odaları yeknesak olanların bir odasını görmek kâfidir."

mana olan erteleme, adetin delaletiyle terk edilerek mecaz mana olan borcun vadeye bağlanması, ikrara yorulur.

Madde 41- Âdet ancak muttarid veya gâlip oldukça muteber olur.

Bu madde ile gelecek 42. madde anlam olarak bir olup ikisi de “adet muhakkemdir” kuralını açıklar ve sınırlar. Yani şer’i bir hükmü ispatta hakeme olacak âdet devamlı veya çoğunlukla uygulanır olmalıdır. Devamlı ve yaygın şekilde uygulanmayan, az rastlanan bir örf adet şer’i bir hükmü ispatta hakem olamaz. Bir örf adet her zaman bir bölgede uygulanıyor ise düzenli (muttarid) ve her zaman uygulanmayıp da çoğunlukla uygulanıyor ise gâliptir.

Adete itibar edilmesi için devamlı ve galip olması gerektiği gibi ilgili olay sırasında ve ondan önce adetin bulunması şart olup, sonradan ortaya çıkan bir örf adete o örfün meydana gelmesinden önceki olaylar yüklenilemez. Gelecek mesele bu maddeden doğmaktadır. Semeninin cins ve miktarı zikr olunup tür ve sıfatı açıklanmayarak pazarlık yapıldığında sözleşme hangi bölgede ise o bölgede yaygın olarak kullanılan para üzerinde ödeme yapılır. Mesela, Osmanlı altınının diğer altınlardan fazla kullanıldığı bir memlekette türünü belirtmeksizin şu kadar altına bir mal satın alan kimse Osmanlı altını vermeye mecbur olur.

Madde 42- İtibar gâlib-i şayiadır, nadire değildir.

Şayi sözünün kullanılması her ne kadar “ye” ile yaygın ise de doğrusu “hemze” ile olup şai’dir. Çünkü Arapça’da ecvef vav ve yailerinin ism-i failleri hemze iledir. Haif, cai, bai gibi. Bu gibi ism-i failleri “ye” ile telaffuz etmeye sebep Arapça’nın resmi iktizasıdır.

Fıkıh kitaplarında açıklandığı gibi bir çocuk sefih ve rüşde ulaşmamış olarak bülüğa ererse rüşdü gerçekleşmedikçe 25 yaşına ulaşınca kadar malları kendisine verilmez. Ancak 25 yaşına ulaştıktan sonra gerek rüşde ersin gerekse ermesin İmamı Azam hazretlerine göre artık malları kendisine verilir. Zira rüşd çoğunlukla o yaşta görüldüğünden ve o yaşta bir kişinin reşid olmamasına az rastlandığından, itibar galib-i şayia olup, nadire olmadığından malları kendisine teslim edilir.

Ancak İmameyn hazretlerine göre bu gibi reşid olmayarak bülüğa ulaşanları rüşdü gerçekleşmedikçe 25 yaşına ulaşsa bile malı kendisine teslim edilmez. Bugün amel ve fetva İmameyn hazretlerinin sözleriyle. Nitekim Mecelle’nin 981, 982, 983 ve 984. maddelerinde açıklanmıştır. Bunun gibi mefkudun 90 yaşını tamamlama halinde ölümüne hükm olunması bu asıldan doğar. Şöyle ki mefkud doğumundan itibaren doksan yaşını tamamladığında gerçekten ölümü sabit olmasa bile hakim vefatına hükmederek mallarını mirasçıları arasında paylaşır. Zira galip ve şayi olan insanların bu yaşa ulaşmadan ölmeleridir. Gerçi bu yaştan fazla yaşayan kimseler bulunsa da nadir olduğundan ona itibar edilmez. 982 ve 987. maddelerde açıklandığı gibi bülüğ yaşının sonu olan on beş yaşını tamamlamış olan kimse hükmen baliğ kabul edilir. Zira belirtiler bülüğün bu yaşta çoğunlukla ortaya çıktığını göstermektedir. Bazı kimselerde on altı , on yedi yaşlarına kadar bülüğ uzarsa da nadirdir. İtibar galip ve şayie olup nadire değildir.

Madde 43- Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir.

Yani insanlar arasında bilinen ve alışkanlık haline gelen şey şer'e göre açıkça şart kılınmış gibidir. Mesela, 472 ve 596. maddelerden anlaşılacağı gibi sözleşme ve izin olmaksızın bir kimse birinin malını kullandığı takdirde, kiralanmak için hazırlanmış olup da tevil-i mülk veya tevil-i akd yok ise ecr-i misil lazım olur, değil ise olmaz. Zira kiralanmak için hazır olan malın ücret ile kullanılması bir âdet olduğundan onu kullanan kimse ücreti şart kılınmış gibidir. Ancak ücret açıkça belirlenmiş olmadığından kira sözleşmesi fasid olup ecr-i misil gerekir. 461¹⁴⁰ ve 462.¹⁴¹ maddelere bak.

Yine 576. maddede yazılı gibi işçiye yemek vermek iş sahibi için bir borç değildir. Meğer ki o bölgenin örf adetinde işçiye yemek vermek var ise iş sahibinin işçiye yemek vermesi gerekir. Mesela, İstanbul'da uşağa yemek vermek örf adetten olduğundan yemek verip vermeyeceğini açıklayamayan bir kimse İstanbul'da bir uşak tutsa yemek vermesi gerekir.

Bir kimse bir hana ya da hamama girse ya da tellala mal sattırsa ücret kararlaştırılmamış olsa bile ücret verilmesi örf adet ise ücret şart kılınmış gibi olduğundan her birinin ücretini vermesi gerekir. Şurası da bilinmelidir ki sözleşmenin tarafları örf adet olan şeyin aksini açıkça kararlaştırmışlarsa örf bakılmaz. Mesela, ücret ile dikmesi âdet olan bir terzi bir kimsenin elbisesini karşılıksız dikmeyi vaat edip de dikse, sonra örf'e göre ücret isteyemez.

Madde 44- Beyne't-tüccar maruf ve meşhur olan şey beyinlerinde meşrut gibidir.

Bu madde, geçen maddeye dahil ve geçen madde bu maddeyi de kapsıyor ise de bunun ayrıca zikredilmesi ticari faaliyetlerin önemi sebebiyledir. Bu madde gereğince tüccardığer bir tüccarla alış veriş ettiğinde aralarında örf ve adet olan şeyi açıkça belirtmeseler de söylenmiş gibi olur. Bu sebeple o şeyin ifası gerekir.

Mesela, peşin veya veresiye sözü geçmeksizin tüccarın biri başka bir tüccardan bir şey satın alsın parasını peşin vermelidir. Ancak satın alınan şeyin semeninin tamamı veya bir miktarı hafta veya ay başında ödenmiş olması o bölgede tüccarlar arasında örf ve adet ise satıcı semeni müşteriden hemen isteyemez. Zira tüccarlar arasında örf âdet olan şey, aralarında şart koşulmuş gibidir. Yani sanki müşteri malı aldığı anda satıcıya, "ben bu malı şu kadar fiyat ile hafta veya ay başında ödemek üzere aldım" demiş ve satıcı da ona göre satmış gibidir. Nitekim Mecelle'nin 251. maddesinde açıklanmıştır. Bunun gibi mal şirketinde sermayenin nakit türünden olması şart ise de 1340. madde gereğince sikke halinde olmayan altın ve gümüş ile muamele insanlar arasında örf ve adet ise bunlar da nakit hükümde olurlar. Değil ise uruz hükmündedirler. Bu sebeple altın ve gümüş ile muamelenin örf adet olduğu bir bölgede bunlardan birini semaye kabul ederek şirket akdi yapmak sahihtir. Yine Mecelle'nin 1498. maddesi mantığınca mutlak satıma vekil olan kimse

¹⁴⁰ Madde 461- "İcare-i fâside nâfızdır. Fakat icare-i fasidede âcir olan kimse ecr-i misle malik olup ecr-i müsemmaya malik olmaz."

¹⁴¹ Madde 462- "İcarenin fesadı bazen bedelin meçhul olmasından ve bazen diğher sıhhat şartlarının bulunmamasından neş'et eder.

Evvelki surette balıgan ma belag ecr-i misil lazım gelir.

İkinci surette ecr-i müsemmayı tecavüz etmemek şartıyla ecr-i misil lazım gelir."

müvekkilin malını peşin para ile ya da o mal hakkında tüccarlar arasında örf adet olan süre ile veresiye satabilir. Zira tüccarlar arasında örf adet olan şey, aralarında şart kılınmış gibidir.

Madde 45- **Örf ile tayin, nas ile tayin gibidir.**

Yani bir şeyi nas ile ve açıkça belirlemek ne hüküm ifade ederse, örf ve âdet ile belirlemek de o hükmü ifade eder.

Bu madde de geçen 43 ve 44. maddelere dahildir. 816. maddede yazıldığı gibi mutlak ariyetin örf ve adet ile sınırlanması bu maddeden doğmaktadır. Şöyleki ariyet veren, ariyeti zaman, mekan ve bir tür faydalanma şekli ile sınırladığı halde, ariyeti ariyet alan dilediği zaman ve yerde dilediği gibi kullanabilir. Fakat örf ve adet ile sınırlar. Mesela, bir kimse atını o şekilde mutlak olarak ariyet verdiğinde ariyet alan ona dilediği zaman biner ve dilediği yere gider. Fakat adet üzere iki saatte gidilecek yere bir saatte gidemez. Bunun gibi mutlak olarak ariyet verilen bir han odasında ariyet alan, dilerse oturur, dilerse malını depo eder. Fakat örf ve adetin aksine içinde demircilik edemez. Gerçi bunlar mutlak ariyet ile ariyet verilmiş ise de mutlak ariyetin örf ve adet ile sınırlanması ve belirlenmesi yönüyle ariyet veren, ariyet alanın örf ve adetin aksine bir harekette bulunmasını açıkça kararlaştırmış sayılır. Çünkü örf ile tayin nas ile tayin gibidir. 527¹⁴², 528.¹⁴³ maddelere ve 1498.¹⁴⁴ maddenin istisnaî fıkrasına bak.

Madde 46- **Mani ve muktazi tearuz ettikte mani takdim olunur.**

Bir şeyin hem engeli hem de gerektireni bulunuyor ve bu ikisi karşı karşıya geliyorsa engel tercih edilerek, ona göre hareket edilir. **Binaen ala zalik** 756. maddede açıklandığı gibi **bir adam** yani rehin veren **borçlusu** yani kendisinin borçlu bulunduğu alacaklı **yedinde merhun olan malını** rehin alanın izni olmadıkça **ahare satamaz**. Şayet satarsa 747. maddede açıklandığı gibi bu satım rehin alan hakkında nafiz olmaz. Ve rehin alanın hapis hakkına hâlel gelmez. Belki rehin alanın icazetine ya da rehin verenin rehin alana olan borcunu ifa etmesine kadar askıda olur. Eğer rehin alan icazet verir ya da rehin veren rehin alana olan borcunu ifa ederse satım rehin alan hakkında da nafiz olur. Zira satımın askıda olması rehin konusu mala rehin alanın hakkının askıda olduğu yönden onun hakkının korunması için idi. Rehlin alanın icazetiyle ya da borcun ifasıyla satımın

¹⁴² Madde 527- “Ne için olduğu beyan edilmeyerek dükkan ve hane isticarı sahih olup keyfiyet-i istimali örf ve âdete masruf olur.”

¹⁴³ Madde 528- “Bir kimse ne için olduğunu beyan etmeyerek isticar eylediği hanede kendisi sakin olabildiği gibi başkasını dahi iskan edebilir. Ve içine eşyasını vaz’ edebilir. Ve binaya vehn ve zarar getirmeyecek her nevi iş işleyebilir. Amma binaya vehn ve zarar getirecek işi sahibinin rızası olmadıkça yapamaz.

Hayvan bağlamak hususunda örf ve âdet-i belde muteber ve mer’idir. Dükkanın hükmü dahi bu vechiledir.”

¹⁴⁴ Madde 1498- “Ale’l-ıtlak bey’a vekil olan kimse müvekkilin malını peşin akçe ile yahut ol mal hakkında beyne’t-tüccar maruf olan müddet ile veresiye satabilir. Amma örf ve âdete muhalif bir müddet-i tavile ile satamaz.

Ve bir de sarahaten yahut delaleten bervech-i peşin satmaya vekil olsa veresiye satamaz.

Mesela, müvekkil bu malı bervech-i peşin sat yahut şu malımı sat da borcumu ver dese vekil anı veresiye satamaz.”

nefazına engel olan rehin alanın hakkının askıda olması ortadan kalkmakla, memnu olan nefaz geri döner.

Bunun gibi 590. maddede açıklandığı gibi kiracının izni olmaksızın kiralayan kiraladığı şeyi satsa, bu satım müşteri ile satıcı arasında nafiz olursa da kiracı hakkında nafiz olmaz.

Bu iki maddede bize misal, satımın nefazı rehin alanın borcunu ifasına ya da rehin alanın veya kiracının icazetine kadar askıda olarak bunlardan birisi bulunmadıkça söz konusu satımın rehin alan ve kiracı hakkında nafiz olmamasıdır. Çünkü o malın rehin verenin ve kiralayanın mülkü olması, satımın o anda nefazını gerektirmesi, o malda rehin alanın ve kiracının bir hakkının olması ise satımın o anda nefazına engel olduğundan, engel ile gerek çatışmış olur.

Engel ile gerektiren çatıştığında, engel tercih edilir. Yani engele göre hareket edilerek bu satım rehin alanın ve kiracının hakkında o anda nafiz değildir, denir.

Yine Mecelle'nin 1192. maddesi gereğince herkes mülkünde istediği gibi tasarruf eder. Fakat diğerinin hakkı varsa bağımsız şekilde tasarruftan men olunur. Mesela, üst katı birinin ve alt katı diğerinin malı olan binada üst kat sahibinin alt katta hakk-ı kararı ve alt kat sahibinin üst katta hakk-ı sakfı yani güneşten , yağmurdan korunma hakkı olduğundan bunlardan birisi diğerinin izni olmadıkça ona zararı dokunacak bir şeyi yapamaz ve binasını yıkamaz. Her ne kadar üst kat ve alt kat sahiplerinden her birinin malik olması kendi mülkünde dilediği gibi tasarrufunun cevazını gerektiriyorsa da her birinde diğerinin hakkının olması engel olduğundan, engel takdim ve tercih edilir.

Bunun gibi Mecelle'nin 1735. maddesi mantığınca müzekkilerden bazıları şahitleri cerh ve bazıları tadil etse, cerh tarafı tercih edilerek, hakim onların şahitliğiyle hüküm vermez. Çünkü tadil, şahitliklerinin kabulünü gerektiren ve cerh ise şahitliklerinin kabulüne engel olduğundan, engel tercih edilerek şahitlikleri red edilir.

Madde 47- Vücutta bir şeye tabi olan hükümde dahi ona tabi olur.

Binaen ala zalik bir gebe hayvan satıldıkda ya da hibe olduğunda **karnındaki yavrusu** vücutta o hayvana tabi olduğundan hükümde **dahi** ona tabi olarak her ne kadar satım sözleşmesi veya hibe de yavru açıkça belirtilmemiş ise de **teb'an satılmış** yahut hibe olunmuş **olur**. Bu şekilde satım veya hibe ve teslim olunduktan sonra hayvan doğduğunda satıcı müşteriye veya hibe eden hibe edilene "ben sana doğacak yavruyu satmadım veya hibe etmedim" dese doğan yavru satıma veya hibeye dahil değildir. Bu sebeple yavruyu isterim, diye iddia etse davası dinlenmez. Bunun gibi 231. maddede açıklandığı gibi satılanın cüzü hükmünde olan yani satın alma amacına göre satılardan ayrılması kabil olmayan şeyler zikredilmeden satıma dahil olur. Mesela kilidin satımında anahtarı, sütü için alınan ineğin satımında süt emen yavrusu zikredilmeden satıma dahil olurlar. Bunun gibi 232. madde gereğince satılanın asla bağlı tabilerinden olan şeyler, zikredilmeden satıma dahil olurlar. Bunun gibi 236. madde gereğince sözleşmeden sonra ve kabzdan önce satılarda ortaya çıkan semere müşteriye aittir. Mesela, bir bahçe satıldığında kabzdan önce ortaya çıkan meyve ve sebze ve satılmış olan ineğin kabzdan önce doğan yavrusu müşteriye ait olur.

715. maddede zikrolunduğu gibi rehin konusu maldan doğana fazlalık asıl rehin konusu mal ile beraber rehin verilmiş olur.

Bunun gibi 798. madde gereğince vedianın menfaatleri sahibinindir. Mesela, emanet olan hayvanın yavrusu ve sütü ve yükü sahibine aittir.

Madde 48- Tabi olan şeye ayrıca hüküm verilemez.

Mesela bir hayvanın karnındaki yavrusu ayrıca yani hayvan satılmaksızın ayrıca yavru **satılamaz.** 856. maddede açıklandığı gibi hayvanın kârındaki yavru ayrıca bağışlanamaz. Yani satım ve bağışlaması batıl olur. Ancak hayvan doğurduktan sonra sözleşme tecdid edilse sahih olur. Hakk-ı şirb, hakk-ı mesil, hakk-ı mürur kendi başına satılamaz. Mesela bir tarla veya bir bahçe satılmadıkça hakk-ı şirbi ya da hakk-ı mesili veya hakk-ı müruru ayrıca satılamaz. Çünkü bunlar tâbidir, tâbi olan ayrıca hüküm verilmez. 216. maddeye bak¹⁴⁵.

Bunun gibi 234. maddede açıklandığı gibi tabi olarak satıma dahil olan şeyin semenden hissesi yoktur. Mesela, bir yük beygirinin kabzdan önce yuları çalınsa kararlaştırılan semenden bir şey indirilmez. Yani birlikte satılması örf ve adet olan yerde yük beygirinin yuları zikr edilmeden tabi olarak satıma dahil olur. Böyle bir beldede yük beygiri satın alan kimse beygiri kabz etmeden satıcı yanında kaza ile yular telef olsa müşteri semenden yuları için bir şey indiremez. Çünkü tabi olan olan şeye ayrıca hüküm verilemez.

Bu kuralın istisnaları vardır. Kısaca, borçlu, vadeli bir borcun vadesini terk ve iptal ettiğinde vade batıl olur. Halbuki vade borca tabidir ve borç ise henüz devam etmektedir.

Bunun gibi cenin, vücudda annesine tabi olduğu halde ayrıca cenin için vasiyet sahihtir. Şöyle ki bir kimse vefatından sonra malının üçte birinden falan kadının karnındaki cenine şu kadar lira verilsin, diye vasiyet etse lehine vasiyet edilen cenin, vasiyet anında o kadının karnında mevcut ise vasisinin hükmü ile vasiyet edilen paraya müstahak olur. Cenin vasiyet sırasında mevcut olması vasiyet vaktinden itibaren altı aydan önce doğmasıyla bilinir.

Yine bir kimsenin hamile bir kadının karnındaki çocuğa borca sebep olacak bir meşru bir sebep beyan ederek borç ikrar etse ikrar zamanından itibaren altı aydan az sürede canlı olarak doğum gerçekleşirse ikrarı muteber olur. Mesela, anne karnında olan çocuğun pederine şu kadar lira borcum var idi, vefatıyla semeni karısına ve çocuğa yani cenine borcumdur, derse ikrarı geçerlidir.

Madde 49- Bir şeye malik olan kimse o şeyin zaruriyatından olan şeye dahi malik olur.

Mesela, bir haneyi satın alan kimse onun zaruri kısımlarından olan abdestanesine, kilerine ve mutfağına malik olduğu gibi **ona musil olan tarika dahi malik olur.** Bunun gibi bir yere malik olan kimse üstüne ve altına da malik olur. Bu sebeple mülkü olan arsada istediği binayı yapmak ve dilediği kadar çıkma ve zemini kazmak yoluyla mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak gibi tasarruflara muktedir olur. 1194. maddeye bak¹⁴⁶.

Bir kilit alan kimse satım vaktinde zikr olunmasa bile o kilidin anahtarına da malik olur. 231. maddeye bak¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Madde 216- Arza tebean hakk-ı mürurun ve hakk-ı şirbin ve hakk-ı mesilin ve kanevata tebean suyun bey'i caizdir."

¹⁴⁶ Madde 1194- "Kim ki bir yere malik olursa mafevkine ve matahtına dahi malik olur.

Yani mülkü olan arsada istediği ebniyeyi yapmak ve dilediği kadar çıkmak ve zemini hafr ile mahzen yapmak ve dilediği kadar derin kuyu kazmak gibi tasarrufla muktedir olur."

¹⁴⁷ Madde 231- "Mebi'in cüzü hükmünde olan yani garaz-ı iştiraya nazaran mebiden infikakı kabil olmayan şeyler min gayr-i zikr bey'de dahil olur.

Madde 50- Asıl sakıt oldukda fer' dahi sakıt olur.

Bu sebeple Mecelle'nin 662. maddesi gereğince "asilin beraeti kefilin beraetini mucip olur" Mesela, bir kimse borçlunun zimmetini ibra etse kefilin zimmeti de beri olur ve alacaklının sözkonusu meblağı kefiliden istemeye hakkı ve yetkisi kalmaz. Çünkü asıl sakıt olduğunda fer' de sakıt olur. Ancak fer' sakıt olduğunda asıl sakıt olmaz.

Bu sebeple Mecelle'nin 661. maddesi gereğince kefilin beraetinden asilin beraeti lazım gelmez. Mesela, alacaklı kefilini ibra etse kefilin zimmeti beri olur, alacak artık ondan istenmez. Fakat bundan asilin yani borçlunun zimmetinin beri olması lazım gelmez. Alacaklı alacağını ondan isteyebilir.

Madde 51- Sakıt olan şey avdet etmez.

Yani bir kimse düşebilecek olan bir hakkını düşürdüğünde artık **giden** yani düşen o hakkı **geri gelmez.**

Bu maddeden doğan bazı meseleler şunlardır:

281. maddede açıklandığı gibi satıcı semeni kabz etmeden satılanı müşteriye teslim ederse hapis hakkını iskat etmiş olup semeni kabz edinceye kadar yanında tutmak üzere satılanı geri alamaz. Çünkü düşen hapis hakkı dönmez. Vasiyet, vasiyet edenin ancak malının üçte birinden olursa muteberdir. Malının üçte birinden fazla olan miktarda vasiyet mirasçılarının icazetine mevkuflup olup fazlasına icazet verirlerse nafiz, olmazlarsa batıl olur.

Malının üçte birinden fazlası hakkında mirasçılar vasiyete icazet verdikten sonra bu icazetlerinden rücu etmeleri caiz olmaz. Zira fazlada vasiyetin mirasçılarının icazetine mevkufl olması, ölenin terekesindeki mala mirasçılarının haklarının teallük etmiş olmasına dayanır. Mirasçılar haklarını icazetle iskat etmiş olduklarından rücu'ları sahih olmaz. Çünkü sakıt olan şey avdet etmez.

Bunun gibi Mecelle'nin 873. maddesi gereğince "dain alacağını medyuna hibe ettikde ondan rücu edemez" Zira 847. maddede açıklandığı gibi alacağını borçluya hibe etmekle hemen borç sakıt olur. Sakıt ise avdet etmez.

Bunun gibi Mecelle'nin 1227. maddesi hükümünce birinin arsasında bir hakk-ı müruru olan kimsenin izniyle arsa sahibi o geçit üzerine bina dikse, o kimsenin hakk-ı müruru sakıt olur. Çünkü sakıt olan şey avdet etmez.

Bunun gibi 1558. madde gereğince sulh eğer muavaza¹⁴⁸ hükmünde ise iki taraf onu kendi rızalarıyla fesh ve ikale edebilirler. Eğer muavaza manasına olmayıp da bazı hakların iskatını tazammun etse asla nakz ve feshi sahih olmaz. Mesela bir kimse diğerinden bir ev dava edip o da o evin onun olduğunu ikrar ederek şu kadar lira bedel vermek üzere sulh olsalar, bu sulh muavaza hükmündedir. Yani davacı o evi davalıya o kâra bedel ile satmış gibi olur. Bunda satımın hükümleri uygulanır. Bu sebeple iki taraf buna göre sulh olduktan sonra yalnız birisi dönemez ise de kendi rızalarıyla sulhu fesh ve ikale edebilirler.

Mesela, kilidin bey'inde miftahı ve sütü için alınan ineğin bey'inde süt emen yavrusu min gayr-i zikr dahil olurlar."

¹⁴⁸ Muavaza: Bedelli akit.

Fakat bir kimse bir bahçe dava edip de bir miktarı üzerine sulh olarak kalanının davasından davalıyı ibra etse hakkının bir miktarını geri alarak kalanındaki hakkını dava etmeyi iskat etmiş olur.

Bunun gibi bin lira dava edip de bir miktarı üzerine sulh olsa alacağının bazısını alıp kalanını düşürse yani kalanında o kimseyi ibra etmiş olur.

Bu sebeple bu iki şekilde iki taraf razı olsalar bile sulhü fesh ve nakz edemezler. Zira sakıt olan avdet etmez. Sulh hakkında on ikinci kitabın üçüncü babına bak.

Bunun gibi 1562. madde mantığında bir kimse diğerini bir haktan ibra ettiğinde o hakkı düşüp onu artık dava edemez. Zira sakıt olan şey avdet etmez.

Madde 52- Bir şey batıl olduğunda onun zımındaki şey dahi batıl olur.

Mesela, bir kimse diğer bir kimseye, ben kanımı sana şu kadar liraya sattım, beni öldür, deyip de o kimse onu bu şekilde öldürse kâtile kısas gerekir. Zira bu satım batıl olmakla onun zımında kendisini öldürmeye izin vermesi de batıldır.

Bunun gibi taraflar arasında yapılan sulh sözleşmesi altında her biri diğerinin zimmetini ibra edip musalahaname imzalandıktan sonra sözkonusu sulh sözleşmesinin batıl olduğu anlaşılrsa, onun altındaki ibra da batıl olduğundan davacı önceki davasına rücu edebilir.

Bunun gibi Mecelle'nin 1566. maddesinde yazılı olduğu gibi biri mal satıp ve semeni kabz ettikten sonra satılana ilişkin bütün davalardan müşteriyi ibra ettiği gibi müşteri de onu sözkonusu semene ilişkin bütün davalardan ibra etmiş ve bu şekilde aralarında senet alıp verilmiş iken, satılan istihkak yoluyla zapt edilse, ibranın etkisi olmayıp müşteri vermiş olduğu semeni satıcıdan geri alır. Çünkü satılan istihkak ile zapt edildiğinden satıcının malı almayıp istihkak edenin malı olduğu ve satıcının satımı başkasının malında vekaletsiz ve velayetsiz tasarruf türünden olduğu anlaşılır. İstihkak eden, satılanı zapt etmekle satıma icazet vermediğini belirtmiş olduğundan satım batıl olur. Satım batıl olunca onun altındaki ibra da olur ve müşteri vermiş olduğu semeni satıcıdan geri alır.

Bu kuralın bazı istisnaları vardır.

Şufa hakkı sahibi, şufa hakkından bir mal üzerine müşteri ile sulh olsa, söz konusu sulh sahih olmazsa da onun altındaki şufanın ıskatı sahih olur ve şufa hakkı sahibinin şufa hakkı düşer.

Bunun gibi şufa hakkı sahibi, şufa hakkını bir mal karşılığında satsa söz konusu satım batıl olur ise de onun altındaki şufanın ıskatı batıl olmaz ve şufa hakkı sahibinin şufa hakkı düşer.

Madde 53- Aslın ifası mümkün olduğu halde bedeli ifa edilmez, ancak aslın ifası kabil olmadığı halde bedeli ifa olunur.

Mesela, gasp edilen malın, malı gasp edilen kimseye aynen geri verilmesi asıl olduğundan aynen mevcut oldukça gasp edilene aynen geri verilmesi gerekir. Buna usulcüler, eda-yı mahz-ı kamil derler. Fakat gasp edilen mal telef veya zayı olup da aslın ifası yani sahibine aynen geri verilmesi ve teslimi kabil olmadığı halde bedeli ifa edilir. Şöyle ki 891. maddede açıklandığı gibi eğer gasp edilen mal tartılanlardan ise gasp eden, gasp zamanı ve yerindeki değerini ve eğer misli mallardan ise mislini vermesi gerekir.

Usulcüler, gasp edilen malın mislini ifaya, makul bir misil ile kaza-yı mahz-ı kamil ve kıymetini ifaya makul bir misil ile kaza-yı mahz-ı kasır derler. Çünkü mislini ifada bedel, şekil ve

anlam olarak gasp edilenin mislidir. Ancak kıymetiyle ifade bedel, anlam olarak misli ise de şekil olarak misli değildir.

Bunun gibi hava kapalı olup Ramazan hilalini görmek mümkün olmazsa Şaban otuz gün kabul edilerek onun tamamlanmasıyla oruç tutulması emredilir.

Madde 54- Bizzat tecviz olunmayan şey bi't-tab' tecviz olunabilir.

Mesela, müşteri satılanı kabz için satıcıyı tevkil etse caiz ve bu vekalet sebebiyle satıcının satılanı kabzı, müşterinin kabz makamına kaim **olmaz**. Bu sebeple satılan, satıcı elinde telef olsa 293. maddede açıklandığı gibi zararı kendisine ait olur. Kısaca satıcı, müşteri tarafından kasten ve bizzat satılanı kabza vekil yapılırsa caiz olmaz. **Amma iştira eylediği zahireyi ölçüp koymak için** yani müşteri, aldığı zahireyi ölç, şunun içine koy, diyerek **bayie çuvalı verip o dahi zahireyi ölçüp çuvala vaz' edicek zımmen ve teban kabz bulunur**. Yani 273. maddede açıklandığı gibi müşteri satılanı kabz etmiş olur. Bizzat cevaz verilmeyen satıcıyı kabza vekil yapmak, ölçüp çuvala koymakla satıcıya müşteri tarafından verilen emrin altında ve ona tabi olarak caiz görülür. Hatta bu şekilde çuvala konduktan sonra satılan telef olsa satıcı hakkında bir şey terettüb etmeyip 294. madde gereğince zararı müşteriye ait olur.

Bunun gibi bir kimsenin görmediği şeyi satın alıp da onun kabzı için vekil tayin ettiği kimse, ben müvekkilimin görme muhayyerliğini ıskat ettim, dese vekilin bu şekilde müvekkilinin görme muhayyerliğini kasten ıskatı sahih olmaz. Ancak vekil,söz konusu satılanı görerek kabz etse müvekkilin görme şartını İmam Ebu Hanife hazretlerine göre zımmen ve teban sakıt olur. Bunun gibi bir malın satılmasına vekil olan kimse tarafından diğer bir kimse o malı satmaya vekil tayin edilemez. Ancak satıma vekil olduğu malı birisi fuzuli olarak satsa, fuzulinin satımına icazet vermesi sahih olur. Her ne kadar fuzulinin satımına icazet vermek başlangıçta vekalet verme hükmünde ise de bizzat caiz görülmeyen vekalet verme, fuzulinin satımına icazet vermenin altına ve ona tabi olarak caiz görülebilir.

Bunun gibi hayvanın karnındaki yavrusu bizzat rehin edilemez. Ancak gebe bir hayvan rehin olunduktan sonra doğursa yavrusu da kendisiyle beraber rehin olunmuş sayılır.

Madde 55- İbtidaen tecviz olunmayan şey bekaen tecviz olunabilir.

Mesela, hisse-i şayiayı hibe etmek sahih değildir. Amma bir mal-ı mevhubun hisse-i şayiasına bir müstahak çıkıp da zapt etse hibe batıl olmayıp hisse-i bakiye mevhubun lehin malı olur.

Madde 56- Beka, ibtidadan esheldir.

Yani bir şeyin devam ettirilmesi, ilk defa yapılmasından kolaydır. Bu kural geçen maddenin aslı ve delilidir. Yani başlangıçta cevaz verilmeyen şeye devamlı olma halinde cevaz verilebilir. Zira beka, ibtidadan esheldir.

Mesela, bir müşterek malın her parçasını kapsayan pay demek olan ortak hissenin, bölünebilen menkulde ve akarda ifrazdan önce hibe etmek sahih değildir. Zira hibe, tam bir kabz

ile sahih olur. Ortak hissede tam bir kabz, diğer hisselerin zımına bağlı olup, ortak hisseyi hibe şeklinde diğer hisseler hibe edilmiş olmadığından tam bir kabz söz konusu olmaz. Ancak hibe edilen bir malın bir ortak hissesine bir müstahak çıkıp da zapt etse ya da hibe eden hibe edilen şeyin ortak hissesinde hibesinden rücu etse hibe batıl olmayıp baaki hisse kendisine hibe yapılan olur. Mesela bir kimse bir arsayı müstakil olarak kendi malı olmak üzere diğer kimseye tamamen hibe ve teslim ettikten sonra bir şahıs çıkıp bu hibe edilen arasının ortak hissesinin yarısı kendi malı olduğunu dava ve müddeasını ispat ederek ortak hissenin yarısını zapt etse hibe batıl olmayıp arsanın diğer ortak hissesinin yarısı kendisine hibe edilende kalır.

Bunun gibi yukarıda yazıldığı şekilde tamamen ve müstakil olarak hibe ve teslim ettikten sonra bir parçasında mesela yarısında hibesinden dönse, hibe batıl olmayıp hibe edilen şeyin yarısı kendisine hibe edilenin, diğer yarısı da hibe edenin olur. Her ne kadar bu iki şekilde ortaklık hasıl olursa da hibenin başlangıçta kurulmasında mevcut olmayıp sonradan ortaya çıktığından ve başlangıçta caiz görülmeyen ortaklık, devamlı surette caiz görülebileceğinden hibe batıl olmaz. Mecelle'nin 429 ve 430. maddelerinde açıklandığı gibi kirada da asıl ortaklık fasit ederken, sonradan kurulan ortaklık fasit etmez. Mesela, gerek bölünebilen olsun gerek bölünemeyen olsun bir eve müştereken malik olan iki kimseden birisi kendi ortak hissesini ortağından başkasına kiralsasa sahih olmaz. Ancak bir kimse kendi evini diğer kimseye kiraya verdikten sonra diğer bir şahsı ortaya çıkıp "bu evin yarısı ortak hissesi benimdir" diye davasını ispat ederek zapt etse veya kiracı ile kiralayan anlaşarak ortak hissenin yarısı hakkında kirayı fesh etseler, diğer ortak hissenin yarısı hakkında kira sözleşmesi devam eder. Zira kirada başlangıçta caiz görülmeyen ortaklık, ileride caiz görülebilir.

Madde 57- Teberru'¹⁴⁹ ancak kabz ile tamam olur.

Yani bir şeyin karşılıksız olarak temlik olunması ancak o şeyin kendisine teberru yapılan kimse tarafından kabz edilmesiyle tamam olur. Yani mülkiyeti ifade eder. **Mesela, bir adam birine bir şey hibe veya hediye ya da tasadduk etse kable'l-kabz hibe veya hediye ya da sadaka tamam olmaz.** Yani kendisine hibe edilen kimse hibe edilen mala, kendisine hediye edilen kimse hediye ya da kendisine sadaka verilen kimse sadakaya malik olmaz. Zira teberru kable'l-kabz tamam olsa yani sadece teberru sözleşmesi ile teberru edilen mal kendisine teberru yapılan kimsenin mülkünde sabit olsaydı, teberru eden kimse teberru etmediği bir şeyi ilzam eylemek yani bir şeyi teberru eden kimse o şeyin teslimini de teberru eylemiş değil iken teslimin de onun üzerine olması gerekirdi. Bu ise caiz değildir. Bu sebeple Mecelle'nin 849. maddesinde açıklandığı gibi kabzdan önce hibe eden veya hibe edilen vefat etse hibe batıl olur. Yine Mecelle'nin 862. maddesi gereğince kabzdan önce hibe eden hibeden kendi kendisine yani hibe edilenin rızasına ya da hakim kararına ihtiyaç olmaksızın dönebilir. Bunun gibi yıllık geliri olan bir vakıftan hizmet karşılığında bir vazifeye mutasarrıf olan kimse geliri elde etmeden ölse hizmet ettiği süreye isabet eden miktarı mirasçıları alır. Çünkü söz konusu görev ücrettir. Ücrete istihkakda kabz şart değildir. Ancak hizmet karşılığında olmayan bir vazifeye mutasarrıf olan kimse geliri elde etmeden vefat etse mirasçıları bir şey alamaz. Zira görevi sıla ve teberru kabilindedir. Teberru etse ancak kabz ile tamam olur.

¹⁴⁹ Teberru': Bağış, bağışlama, iane. Bir şeyi bedelsiz başkasına temlik etme. Vakıf, hibe, sadaka, ibra, ariyet ve bir vakfın tamiri gibi akit ve muameleler teberru sayılmaktadır. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 2005, s. 553.

Tenbih- Vasiyet de teberru kabilinden olduğu halde kabz aranmayıp vasiyet eden kimsenin vefatından sonra vasiyet edilen kisenin kabulüyle mülk sabit olur. Bunun sebebi, vasiyetde mülkün sabit olması, vasiyet edenin vefatından sonra olmasıdır. Vefattan sonra lüzum ve vücuta ehliyet kalmadığı için vasiyet edene bir şey ilzam edilmiş olmaz. Veresenin hakları ise vasiyetten sonraya bırakıldığından onlar vasiyet olunan şeye malik olmadıkları için onlara da teberru etmedikleri şey ilzam edilmiş olmaz.

Madde 58- Raiye yani teba üzerine tasarruf maslahata menuttur.

Yani devletin bütün tebası üzerinde velayet ve nezareti olduğu için reayanın işlerine ilişkin hususlarda devletin teba üzerine tasarrufu maslahata bağlıdır. Mesela, bir kimse asla varisi olmadığı halde vefat ettiğinde bütün terekesi, Beytülmal'a kalır. Eğer öldürülmüş olsa velayeti devlet başkanına ait olduğundan kamu yararı sebebiyle katilin kısas edilmesi veyahut katilin rızasıyla Beytülmal için diyet alınması durumlarından hangisine devlet başkanı karar verirse sahih olur.

Yine Mecelle'nin 919. maddesinde yazıldığı gibi bir yerde yangın çıksa bir kimse bir evi sahibinin izni olmaksızın yıkıp da orada yangın söndürüldüğünde eğer devlet başkanının izni ile yıkılmış ise tazmin lazım gelmez. Eğer kendi kendisine yıkılmış ise tazmin gerekir.

Bunun gibi Mecelle'nin 1216. maddesi gereğince ihtiyaç anında devlet başkanının emri ile bir kimsenin mülkü değerinde alınıp yola eklenebilir. Fakat semeni ödenmedikçe mülkü elinden alınmaz.

Kadınların, müteveli ve vasilerin yetim malları, vakıf malları ve terekelerde tasarrufları maslahat ve menfaat ile sınırlanmıştır.

Madde 59- Velayet-i hassa velayet-i âmmeden ekvadır.

Velayet ister razı olsun ister olmasın başkası üzerine tasarruf etmenin nafiz olmasıdır. **Mesela müteveli-yi vakfın**, velinin ve vasinin velayetleri velayet-i hassa ve kadının velayeti velayet-i âmme olduğu için bunların **velayeti kadının velayetinden ekvadır**. Mecelle'nin 974. maddesinde açıklandığı gibi küçüğün malında tasarruf hakkında velisi ilk olarak babası, ikinci olarak babası ölmüş ise seçilmiş bir vasisi yani babasının hayatında seçtiği ve atadığı vasi ve üçüncü olarak seçilmiş vasi de ölmüş ise onun hayatında iken atamış olduğu vasi ve dördüncü olarak dedesi yani küçüğün babasının babası ya da babasının babasının babası ve beşinci olarak bu dedenin hayatında seçmiş ve atanmış olduğu vasi, altıncı olarak o vasinin nasp ettiği vasi yedinci olarak hakim ya da hakimin atadığı vasideir. Fıkıh kitaplarında açıklandığı gibi nikah hakkında veli, ilk olarak asabe olan kimsedir. İkinci olarak anne, üçüncü olarak anne baba bir kız kardeş, dördüncü olarak baba bir kız kardeş, beşinci olarak anne bir kız kardeş, altıncı olarak zevi'l-erham, yedinci olarak mevla'l-mevalattır. Bunlardan hiç biri bulunmazsa velayet-i amme cihetiyle hakim nikah yapar.

Bu halde gerek malda ve gerek nikahda velayet-i hassa velayet-i ammeden ekvadır. Bu sebeple bir yetimin vasisi var iken hakimin o yetimin malında tasarrufu nafiz olmaz. Bunun gibi yetimin nikahında velileri var iken hakim onları evlendiremez.

Bunun gibi bir vakfın müteveli veya nazırı var iken hakimin o vakıfda tasarrufu nafiz değildir.

Şu kadar ki mütevellî ve vasinin hıyanetleri sabit olur ise hakimin velayet-i ammesi olması hasebiyle onları azl edip yerlerine adaletli ve yeterli kimseleri mütevellî ve vasi nasp edebilir.

Madde 60- Kelamın i'mali ihmalden evladır.

Yani bir kelamın hakiki veya mecazi bir manaya hamli mümkün oldukça ihmal yani manasız itibar olunmamalıdır.

Ancak bir sözün gerek gerçek ve gerek mecaz anlama yorulması mümkün olmazsa, zaruri olarak ihmal edilir. Yani bir anlam verilmez. 12. madde gereğince sözde asıl olan, gerçek mana olduğundan akıldan çıkan bir sözün ilk olarak gerçek manaya yorulması mümkün olursa oraya yorulur. Eğer olmazsa mecaz manaya yorulur.

Eğer bunların hepsine yorulması zor olursa 62. maddede açıklandığı gibi sözün anlamsız olduğu anlaşılır. Mesela, vakfeden kimse, vakfının galesini evladına şart etmiş olursa sülbî evladı var ise sözün gerçek manaya yorulması mümkün olduğundan söz konusu vakfın galesi münhasıran evladına verilip evladının evladına galleden bir şey verilmez.

Eğer sülbî evladı olmayıp da evladının evladı var ise sözün gerçek manaya yorulması mümkün olmadığından mecaz manaya yorularak, söz konusu vakfın galesi evladının evladına verilir. Zira kelamın imali ihmalden evladır.

Madde 61- Mana-yı hakiki müteazzir oldukça, mecaza gidilir.

Kırkinci madde ve şerhinde açıklandığı gibi bir sözün gerçek manasını kast etmeye engel karinelerden biri de teazzürdür. Yani gerçek mananın güç ve imkansız olmasıdır. Gerçek mananın meşakkatsiz ve külfetsiz meydana gelmemesi teazzür sayılır.

Bir adam, “ben şu ağaçtan yemem” diye yemin ettiği halde eğer o ağaç şeker kamışı gibi aynen yenilen ise gerçek mana müteazzir olmadığından bu söz gerçek manaya yorularak yemin o ağaca edilmiş sayılır. Bu sebeple şeker kamışını yer ise yeminini bozmuş olur. Eğer aynen yenmeyen portakal, hurma ve zeytin ağaçları gibi meyvesi yenenlerden ise yemin meyvesi için kullanılmış sayılır. Şayet servi ağacı gibi meyvesi de yoksa yemin ağacın gelirine yorulur. Bunun gibi “şu çömlekte yemem” diye yemin eden kimse o çömleğin içindeki şeyi yememeğe yemin etmiş olur. Çünkü bu üç şekilde gerçek mana müteazzir olduğundan söz mecaz manaya yorularak, yemin eden ağacın meyvesini veya meyvesi olmayan ağacın semeniyle yiyecek bir şey alıp da yer ise ve çömleğe konan yiyecekte yer ise yeminini bozmuş olur. Hatta mesela portakal veya servi ağacının kendilerini yese yeminini bozmuş olmaz. Bunun gibi aslen varisi olmayan bir kimse yaş olarak kendisinden büyük veya diğerinden nesebi bilinen bir adam için bu benim oğlum ve varisimdir, diye ikrar edip o da onu bu sözünde tasdik ettikten veya tasdik veya red etmeyerek sussa ikrar eden vefat etse bu sözün gerçek manası mümkün olmadığı için mecaz manaya yani vasiyete yorulur. Bu sebeple lehine ikrarda bulunulan kimse vasiyet hükmü ile o kimsenin bütün terekesini alır.

Yukarı 40. maddenin şerhinde ifade edildiği gibi gerçek manaya yorulmaya engel olan karinelerden birisi de şer'î olarak kısıtlılıktır. Yani gerçek mananın şer'î olarak kısıtlanmış, terkedilmiş ve yasaklanmış olmasıdır. Mesela, bir kimse diğer kimseye “seni falan kimse ile husumete vekil ettim” dese husumetin gerçek manası olan düşmanlık ve kavga şer'î olarak yasak olduğundan husumet sözü, mukayyedi mutlakta veya küllü cüzde kullanma yoluyla, mecaz manası

olan mutlak olarak cevabın reddi anlamında kullanılmış olur. Bu sebeple husumete vekil olan kimsenin davacının davasına karşı inkarı muteber olduğu gibi müvekkil ikrarını istisna etmemiş ise hakimin huzurunda ikrarı da muteber olur. 1517¹⁵⁰ ve 1518.¹⁵¹ maddelere bak.

Madde 62- Bir kelamın i'mali mümkün olmazsa ihmal olunur.

Yani bir kelamın hakiki ve mecazi bir manaya hamli mümkün olmazsa o halde mühmel yani manasız bırakılır.

60. maddede açıklandığı gibi sözün kullanılması ihmalinden evla olduğundan bir sözün imali bir manaya yorulması mümkün oldukça ihmal olunmaz. Yani manasız bırakılmaz. Ancak bir sözün imali yani gerçek veya mecaz bir manaya yorulması mümkün olmazsa o halde zaruri olarak mühmel yani manasız bırakılır.

Madde 63- Mütecezzi olmayan bir şeyin bazısını zikretmek küllünü zikretmek gibidir.

Yani şer'de bölünemeyen bir şeyin tamamını zikretmek ne hüküm ifade ederse bazısını zikretmek de o hükmü ifade eder. Çünkü bu gibi şeylerin bazısının zikri tamamının zikri gibi olmasa, akıllı bir kimsenin söylediği bir söz ihmal ve ilga etmek gerekir. Halbuki 60. maddede açıklandığı gibi sözün imali ihmalinden evladır.

Bu sebeple kisası gerektiren adam öldürme ile öldürülenin tek varisi olan kimse, katilin bir kısmını kısıstan affetse, kisas tamamen düşer. Çünkü kisas bölünme kabul etmez. Yani katilin hayatının bir kısmını alma ve diğer kısmına dokunmama olmaz. Bölünemeyen bir şeyin bazısını zikr etmek ise tamamını zikretmek gibidir. Bu şekilde mirasçı, "katilin tamamını kısıstan affettim" demiş gibi olmakla tamamen kisas düşer.

Bunun gibi öldürülen kimsenin mirasçısı birden fazla olup da onlardan bazısı katili kısıstan affetmese, kisas düşer. Diğer mirasçılar kendi hisseleri için katile kisas uygulayamazlar. Ancak affetmeyen diğer mirasçıların hakları tamamen zail olmayıp diyete dönüşür. Mesela, öldürülen bir adamın mirasçıları iki oğluyla bir kızı olup oğullarından biri katili kısıstan karşılıksız olarak affetse diğer oğluyla kızının hakları diyete dönüşür. Ve tam bir adamın diyeti olan on bin dirhem şer'î gümüştan affetden oğlunun hissesi olan dört bin dirhem düşmüş olur. Geriye kalan altı bin dirhemden dört bin dirhemini diğer oğlu ve iki bin dirhemini kızı alır.

Şufanın düşmesi konusunda da hal böyledir. Mesela, şufa hakkı sahibi, şufa hakkı konusu olan bir akarın yarısından şufa hakkını düşürdüm, demiş olsa şufa hakkı tamamen düşer. Artık şufa konusu malın hiçbir parçasını şufa hakkı ile alamaz. Zira şufa hakkı, düşme meselesinde bölünme kabul etmediğinden şufa konusu malın bazısı hakkında düşmeyi zikr etmek tamamı hakkında düşmeyi zikretmek gibidir.

Talakta da böyledir. Mesela, bir kimse zevcesine, "seni yarım talakla boşadım" demiş olsa zevcesi bir talakla boşanmış olur. Çünkü talak bölünme kabul etmediğinden, bazısını zikir, tamamını zikir gibidir.

¹⁵⁰ Madde 1517- "Husumete vekil olan kimsenin müvekkili aleyhine ikrarı eğer huzur-ı hakimde ise muteber olur. Huzur-ı hakimde değilse muteber olmaz ve kendisi vekaletten münazil olur."

¹⁵¹ Madde 1518- "Bir kimse aharı husumete tevkil edip de kendi aleyhine ikrarı istisna eylese caiz olur.

Bu surette müvekkilin aleyhine vekilin ikrarı sahih olmaz. 1456. maddenin fıkra-i ahiresine bak.

Ve böyle ikrara mezun değilken huzur-ı hakimde ikrar ettiği surette vekaletten münazil olur."

Ancak bölünebilen şeyin bazısını zikr etmek küllünü zikir gibi değildir. Mesela, bir kimse diğerine, “evimin üçte birini sana sattım” dese evinin tamamı satılmış olmayıp, ancak üçte biri satılmış olur.

Madde 64- Mutlak¹⁵² ıtlakı¹⁵³ üzere cari olur.

Eğer nassan yahut delaleten takyit delili bulunmazsa. Mutlak, kayıtlanmamış, sınırlanmamış olandır. Mukayyet bunun zıttıdır. Bu şekilde mutlak sıfat, istisna şartı gibi sınırlamalardan uzak olur. Mukayyet, bunlardan birisiyle kayıtlanır. Mesela, bir kimse diğerine, benim için bir at al, parasını vereyim, dese mutlak olarak at almaya vekalet vermiş olur. Ancak, bana bir yağız at al, demiş olsa, yağız kaydıyla sınırlanmış olarak at almaya vekalet vermiş olur.

Mutlakta asıl olan ıtlakı üzere, mukayyette asıl olan kayıtlanması üzere olmasıdır. Mutlakın ıtlakı üzere cari olması nas ile veya delalet ile kayıtlanmasının söz konusu olmadığı durumlardadır. Ancak Mecelle'nin 571¹⁵⁴, 817¹⁵⁵, 818¹⁵⁶, 1422,1479, 1495. maddeleriyle 826. maddesinin istisnai fıkrasında olduğu gibi nas ile delil kayıtlanmış olur. Yani açıkça bir kayıt zikr olunursa ya da Mecelle'nin 816. maddesinin istisnai fıkrasıyla 1472¹⁵⁷ ve 1484.¹⁵⁸ maddelerde yazılı olduğu gibi delalet ile kayıtlanmış olduğu anlaşılıyor.

¹⁵² Mutlak: Kesinkes, kayıtsız şartsız. Hass sözlerden olup mana ve medlülü şayi olup herhangi bir kayıtlı kapsamı sınırlanmamış, cüzleri tayin edilmemiş olan sözcüktür. Karşıtı mukayyettir. Mesela, at sözcüğü teker teker her at için varitse de bütün atlara aynı anda şümulü yoktur ve hepsini bir anda içine almaz. Bu itibarla bu sözcük, belirli olmayan herhangi bir at anlamına gelir. Delalet ettiği bütün cüz'leri aynı anda kapsayan âmm sözlerden bu yönüyle ayrılır. Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 404.

¹⁵³ Itlak: Kocanın karısını boşaması. Esirin salıverilmesi. Bir ibarenin veya sözün kayıt ve şarta bağlı olmayarak delalet ettiği manaya yorulması. Bir kelimeyi terim anlamıyla kullanma. Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 215.

¹⁵⁴ Madde 571- “Bi'n-nefs amel etmek yani kendi işlemek üzere isticar olunan ecir kendi yerinde başkasını kullanamaz.

Mesela, bir kimse bir cübbeyi şu kadar kuruşa terzi kendi eliyle dikmek üzere pazarlık ettikte terzi anı ahara diktiremeyip kendisi dikmek lazım gelir ve ahara diktirdiği takdirde telef olsa zâmin olur.”

¹⁵⁵ Madde 817- “İare zaman ve mekan ile takyit olundukta kayıt muteber olup müsteir ana muhalefet edemez.

Mesela, üç saat binmek üzere istiare olunan hayvana dört saat binilemez ve bir mahalle gitmek üzere istiare olunan hayvan ile başka mahalle gidilemez.”

¹⁵⁶ Madde 818- “İare bir nevi intifa ile takyit olundukta müsteir mezun olduğu intifanın mafevkine tecavüz edemez. Amma ana müsavi ya ehven surette istimal ile muhalefet edebilir.

Mesela, buğday yükletmek için istiare olunan hayvana demir yahut taş yükletilemez. Amma buğdaya müsavi yahut andan ehaf bir yük tahmil olunabilir.

Ve keza binmek için istiare olunan hayvana yük yükletilemez. Amma yük için istiare olunan hayvana binilebilir.”

¹⁵⁷ Madde 1472- “Müvekkil bana filan arsayı al deyip de ol arsa üzerine ebniye yapsa andan sonra vekil anı bi'l-ve kale alamaz. Amma filan haneyi al deyip de ol hane sıvatılsa yahut ana bir duvar ilave edilse bu halde vekil anı bi'l-ve kale alabilir.”

¹⁵⁸ Madde 1484- “Bir mevsim-i muayyende lüzumu olan şeyi almak için bir kimse diğerini tevkil etse ol mevsime masruf olur.

Yani örf ve adet gibi bir karine ile kayıtlanması istendiği anlaşılırsa, mutlak ıtlak üzere cari olmaz. Mesela, 1495. maddede açıklandığı gibi müvekkil eğer semeni belirlemiş ise yani şu kadar liraya sat, demiş ise vekil ondan noksana satamaz. Zira şu kadar liraya sat, diye açıkça kayıtlanmakla mutlak ıtlak üzere cari olmaz.

Bunun gibi 1484. maddede yazıldığı gibi yazın gerekli olan şeyi almak için bir kimse diğerine vekalet verse, söz o mevsime sarf edilmiş olur. Mesele bir kimse bahar mevsiminde bir elbise alması için diğer bir kimseye vekalet verse, o bahar giymek üzere bir elbise alması için vekalet vermiş olur. Mevsim geçtikten sonra ya da gelecek senenin baharında alsa müvekkil hakkında nafiz olmayıp, vekilin aldığı elbise kendi üzerinde kalır. Çünkü her ne kadar açıkça kayıtlandırıcı bir delil yoksa da delalet yoluyla kayıtlandırıcı bir delil bulunduğundan, mutlak ıtlak üzere cari olmaz.

Vekil de delalet yoluyla anlaşılacak kayıtlandırmaya karşı koyduğu takdirde muamelesi müvekkili hakkında nafiz olmaz.

Nas yoluyla ya da delalet yoluyla kayıtlandırıcı bir delil bulunmadığından mutlakın ıtlak üzere cari olduğu Mecelle'nin 572¹⁵⁹, 816¹⁶⁰, 819, 1414, 1474, 1482, 1483 ve 1494. maddelerine bakılarak anlaşılabilir.

572. madde gereğince mutlak olarak sözleşme yapıldığı yani bizzat çalışması kaydıyla kayıtlanmadığı durumda işçi, kendi yerinde başkasını mesela kalfasını veya hizmetçisini kullanabilir. Mesela bir kimse bir elbiseyi şu kadar liraya terzi kendi eliyle dikmek üzere pazarlık ettiğinde terzi onu başkasına diktirmeyip kendisi dikmelidir. Başkasına diktirdiği takdirde elbise bir zarar görse zararı tazmin eder. Ancak bizzat dikmek kaydıyla kayıtlandırmadığı durumda terzi o elbiseyi mesela kalfasına diktirebilir. Kasıtsız olarak telef olsa tazmin gerekmez. Yine Mecelle'nin 816. maddesi hükmünce bir kimse diğer kimseye “şu atı sana kullanmak için ariyet verdim” diyerek zaman, yer ve bir tür kullanma şekli ile kayıtlandırmaksızın mutlak olarak ariyet etse, ariyet alan o ata istediği vakitte biner, istediği yere gider. Zira mutlak ıtlak üzere cari olur.

Bunun gibi 1494. maddede açıklandığı gibi mutlak olarak satıma vekil olan kimse müvekkilinin malını uygun gördüğü fiyata satabilir.

Madde 65- Hâzırdaki vasıf lağv¹⁶¹ ve gâipteki vasıf muteberdir.

Vasıf, bir nesneyi sıfatlamak yani sıfat ve alametlerini açıklamak ve saymaktır. Sıfat, bir şeyin zatıyla kaim olan halidir. Lağv, batıl söz yani söylenmesi ve söylenmemesi eşit olan sözdür.

Mesela, bir kimse bir bahar mevsiminde şalı cübbe almak için birini tevkil etse o yazın kullanılmak üzere cübbe alması için tevkil etmiş olur. Mevsim geçtikten sonra yahut gelecek senenin baharında alsa müvekkil hakkında nafiz olmayıp vekilin aldığı cübbe kendi üzerinde kalır.”

¹⁵⁹ Madde 572- “Mutlak olarak mukavele olduğu surette âcir kendi yerinde başkasını kullanabilir.”

¹⁶⁰ Madde 816- “İare-i mutlakada yani muirinin iareyi zaman ve mekan ve bir nevi intifa ile takyit etmediği surette ariyeti müsteir dilediği zaman ve mekanda dilediği veçhile istimal edebilir. Fakat örf ve adet ile takayyüt eder.

Mesela, bir kimse beygirini ol veçhile mutlak olarak iare ettikte müsteir ana dilediği vakit bine ve dilediği mahalle gider. Fakat âdet üzere iki saatte gidilecek mahalle bir saatte gidemez...”

¹⁶¹ Lağv: Boş, batıl, lüzumsuz ve beyhude. Söylenip söylenmemesi itibara alınmayan söz. Mesela, içinde oturmamak üzere birisine bir ev satmada ileri sürülen şart lağvdir. Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 324.

Satım ve kira gibi mal değişimden olan sözleşmelerin sıhhatinde bedelinin belirli olması şarttır.

Bir şeyin belirli olması veya o şeyi diğerinden ayıran şekilde belirlenmesi ve vasıflandırılması yani cins, tür ve sıfatını açıklamak ya da o şeyi hazır ise ona işaret ile olur.

Bu sebeple bir şeyi tanımlamak için onun cinsi ile beraber vasfı da zikr olduğunda bakılır. Eğer mevsuf hazır olup da işaretle belirleme birlikte yapılmış ise yani o şeyin cins ve vasfı açıklanmakla beraber işaret de edilmiş ise cinsi belirlemek muteber ise de vasfı belirlemek lağv olup ancak işaret muteber olur.

Eğer mevsuf gaip yani meydanda değil ise işaret mümkün olamaz. Bu sebeple onda işaretle beraber cins ve vasfı belirlemek bir araya gelmeyip ancak cinsi ve vasfı belirlemek bulunabilir. Bu şekilde gaip hem cinsi belirlemek hem de vasfı belirlemek muteber olur.

Mesela, bayi' meclis-i bey'de hâzır olan bargir atı satacak olduğu halde hem ata işaret hem de cins ve vasfını açıklayarak **şu yağız atı şu kadar bin kuruşa sana satdım, dese** işaret edilen at belirtilen cinsten olduğundan **icabı muteber olup** vasıf yani **yağız tabiri lağv olur**. Çünkü hâzırdaki vasıf lağvıdır.

Bu sebeple satıcının bu icabı üzerine müşteri icap meclisinde kabul ederse satım sözleşmesi lazım olur. **Amma meydanda olmayan** yani satım meclisinde mevcut olmayıp gaip bulunan **bargir atı yağız diye satsa** gaipteki **vasıf muteber olmakla bey' münakid olmaz**. Zira yukarıda açıklandığı gibi meydanda olmayan bir şeye işaret mümkün olmadığı için gaip hakkında her halde belirlemek ve vasıflandırmak muteberdir. Satım kurulmuş olmaz demek satım lazım olarak kurulmuş olmaz demektir. Nitekim 310. maddeden anlaşılmaktadır.

Söz konusu maddede açıklandığı gibi satıcının rağbet edilen bir vasıf ile vasıflanmış olmak üzere satmış olduğu mal o vasfa sahip olmasa müşteri muhayyerdir. Dilerse satımı fesh eder, dilerse kararlaştırılan semenin tamamı ile satılanı kabul eder. Buna hıyar-ı vasıf derler. Mesela, sağılır diye satılmış olan bir ineğin süten kesilmiş olduğu ortaya çıksa müşteri muhayyer olur.

Bunun gibi gece vakti kırmızı yakuttur diye satılan taş, sarı yakut çıksa müşteri muhayyerdir.

Kısaca satılan müsemma cinsinden olur ise hâzırdaki vasıf lağvıdır. Yani satılanın o vasıf ile mevsuf olup olmaması eşittir. Gaipteki vasıf muteberdir. Ancak satılan müsemma cinsinden olmazsa gerek işaret bulunsun gerek bulunmasın her halde cins muteberdir. Bu sebeple cinsi açıklanarak satılan şey başka cinsten çıksa satım batıl olur.

Gerek işaret bulunsun gerek bulunmasın mesela, satıcı sarıcağı elmas diye satsa satım batıldır.

Bunun gibi bir kimse başka bir kimseye, "şu yakut taşı bin kuruşa sattım" deyip müşteri de onu kabul etse daha sonra taşın yakut olmayıp adi kırmızı taş olduğu açığa çıksa satım sözleşmesi batıl olur.

Hazırda hem işaret hem de belirleme söz konusu olduğu ve belirleme işaret olunanın cinsinden olduğu halde işaret muteber olup, belirlenen vasıf lağv olmasının sebebi belirlenen işaret olunanda zaten var olup vasfın ona tabi bulunması ve işaretle ortaya çıkan tanımın, vasfı belirleme ile hasil olan tanımdan daha kuvvetli olmasıdır. Zira bir şeye işaret olunup da o işaretle o şeyden başkası kastedilmiş olması imkansızdır. Ancak belirleme sözü kullanma kabilinden olarak onunla bahsedilen anlamdan başka bir anlamın istenmiş olması caizdir. Fakat işaretle cinsi belirlemek bir araya geldiği halde cinsi belirlemek işareten daha kuvvetli olur. Çünkü cinsi belirlemek bir şeyin mahiyet ve hakikatını tanımlar. Bu sebeple cinsi belirlemek muteber olmakla, sözleşme işaret edilenle ilgi olmayıp belki tanımlananı ilgilendirir. Sözleşmenin konusu belirlenen cinsin dışından bir cinsten olduğu açığa çıkarsa sözleşme batıl olur. Zira belirleme işaret edilenin misli diğer bir cins olup ona tabi bir vasıf değildir.

Madde 66- **Sual cevapta iade olunmuş addolunur.**

Bu madde usulcülerin “es-sualü muadun fi'l-cevab” kuralından alınmıştır. **Yani** cevap veren kimse tarafından **tasdik olunan bir sualde ne denilmiş ise mücib** yani cevap veren kimse tasdik etmekle **onu** yani o şeyi aynıyla **söylemiş hükmündedir**. Mesela, bir kimse hakimin huzurunda birinden, “benim sende satmış olduğum şu şeyden dolayı şu kadar lira alacağım vardır, isterim” diye dava açsa hakim davalıya, “ne dersin, bu kimsenin sende o şeyden dolayı şu kadar lira alacağı var mıdır?” diye sorduğunda davalı cavabında, “evet” ya da “vardır” dese dava konusunu ikrar etmiş yani, “davacı olan bu kimseye şu meseleden zimmetimde şu kadar lira borcum vardır” demiş olur. Fakat cevap veren tasdik etmeyi reddederse sorusunda ne denilmiş ise cevap veren onu söylemiş olmaz.

Madde 67- **Sâkite bir söz isnad olunmaz. Lakin ma'rız-ı hacette sükut beyandır.**

Yani sükut eden kimseye şu sözü söylemiş oldu denilmez. Burası, birinci fıkranın yorumudur.

Bu fıkradan kaynaklanan bazı meseleler şunlardır: 805. madde gereğince ariyet verenin susması kabul sayılmaz. Bu sebeple bir kimse birinden bir şeyi ariyet olarak isteyip de sahibi sustuğu halde alsa, o şeyi gasp etmiş sayılır.

Bunun gibi bir yabancı kimsenin malını huzurunda fuzuli sattığında o kimse sussa o adamı satım için vekil kılmıştır denilemez ve mal sahibi satımı fesh edebilir.

Bunun gibi vasisi olmayan bir çocuk diğer bir adamla alış verişi ettiğini hakim görüp de sussa, sadece susmakla izin vermiş olmaz. **Lakin** ikinci fıkra gereğince **söyleyecek yerde sükut etmesi ikrar ve beyan addolunur**. Bu yorum, ikinci fıkraya ait olup “sâkite söz isnad olunmaz” kuralının istisnası olan maddeleri tamamen içine alır.

Burada aslında iki kural açıklanmış olmaktadır. Birisi susan kimseye söz isnad olunmaz ve diğeri ihtiyaç anında susmak beyandır. İkinci kural, birinciyi kayıtladığından, ihtiyaç haricinde susan kimseye söz isnad olunmaz, denilebilir. Fakat ihtiyar yerinde susmak ikrar ve beyan kabul edilir, demektir. İhtiyaç yerinde susmak, ikrar ve beyan kabul edildiğinin çok örnekleri varsa da muamelata ilişkin ve önemli olanlarına burada yer verilecektir.

Mecelle'nin 278. maddesinde açıklandığı gibi peşin satımda müşteri semeni tamamen ödeyinceye kadar satıcının satılanı hapis hakkı vardır. Fakat 276. madde hükmünce müşteri satılanı kabz ederken satıcının görüp de men etmeyerek susması kabza ruhsattır. Ondan sonra satılanı, semenin ödenmesine kadar haps etmek üzere geri almaya yetkisi kalmaz.

438. madde gereğince kirada susma rıza ve kabul sayılır. 472. maddede açıklandığı gibi sözleşmesiz ve izinsiz bir kimse birinin malını kullanmaya başlayıp da mal sahibi ücret istedikten sonra kullanmaya devam ederse muiddün li'l-istiğlal (rehine hazırlayan) olmasa da ücret gerekir. Zira bu halde kullanması ile ücrete razı olmuş sayılır.

777. maddede açıklandığı gibi bir kimse malını dükkancının yanına vedia olarak bırakıp gitse ve o da görüp sussa o mal dükkan sahibi yanında vedia olur.

971. madde gereğince bir mümeyyiz çocuğu velisi alış verişi ederken görüp de men etmeyip sussa delaleten izin vermiş olur.

1032. maddede yazılı olduğu gibi şuf'a hakkı sahibi, satımı duyduğunda hemen kendisi talep etmezse şuf'a hakkı düşmüş olur.

1751. maddede yazılı olduğu gibi muamelata ilişkin olan davalarda kendisine yemin düşen kimseye yemin teklif olunup da özürsüz olarak susarsa delalet olarak yeminden kaçınmış olur. Hakim onun kaçınmasına göre hüküm verir.

Bunun kendisine hibe edilen kimse hibe edilen malı ya da kendisine sadaka verilen kimse sadakayı kabz ederken, mal sahibinin görüp de susması, kabza izin verdiği anlamına gelir.

Madde 68- Bir şeyin umur-u batınede delili, o şeyin makamına kaim olur.

Yani hakikatına ıttıla' müteassir olan umur-u batınede delil-i zahirisi ile hükmolunur. Mesela, müşteri, satım sözleşmesinden sonra satılanın eski bir ayıbını öğrense, dilerse satılanı kararlaştırılan semen ile kabul eder; dilerse satıcıya geri verir. Müşteri satılanın ayıbını öğrendikten sonra devam etmesi, satılığa çıkarması, giymesi, kendi ihtiyacı için binmesi ayıbına rıza ve kabul anlamına gelir ve muhayyerlik düşer.

Her ne kadar müşterinin rıza ve kabulü iç meselelerde olup gerçekte var olup olmadığı belli değil ise de yukarıda geçen konular görünürdeki delili olduğundan rıza ve kabul makamına kaim olur.

Bunun gibi ikinci maddenin şerhinde açıklandığı gibi lukatayı bulan kimse, lukatayı alırken başkalarını şahit tuttuğu veya tarif ederek insanlara ilan ettiği halde sahibine geri vermek kastıyla aldığına hüküm verilir. Kasıt, kalpte ve gizli olup, aslına vâkıf olmak zor olduğundan görünürdeki delil olan şahit gösterme ve ilan etme, onun makamına kaim olur.

Bunun gibi bir kimsenin diğer bir kimseyi kasten öldürdüğü sabit olduğunda kısas gerekir. Fakat kasıt, insanın içindeki bir iş olduğundan aslını bilmek zor olur. Bu sebeple katilin öldürücü ve yaralayıcı bir aletle bizzat öldürmesi, teammüd ve kastına delil olur ve medlulü makamına ikame olunup hüküm ona bina olunur. Bu sebeple şahitler, “o kimse kılıcı ve silahı ile maktule vurdu, maktul de onun vurmasından dolayı öldü” diye şahadet etseler yeterlidir. Teammüd ve kasıt sözlerini söylemeleri gerekmez. Çünkü gizli işlerden olan bir şeyin delili o şeyin makamına kaim olur.

Madde 69- Mükatebe muhataba gibidir.

Mükatebe, yazışma; muhataba ise yüz yüze konuşma demektir. Yani ismini belirterek iki kimsenin birbirine bir şey yazması, yüz yüze konuşmak gibidir. İki taraftan yazışma, yüz yüze konuşma makamına kaim olduğu gibi bir tarafın yazması da hitap ve konuşma makamına kaim olur. Satım, kira, kefalet, havale, vekalet, hibe ve ikrar gibi tasarruflarda söz ile kurulduğu gibi yazı ile de kurulabilir.

Mecelle'nin 173. maddesi gereğince icap ve kabul sözlü olduğu gibi yazılı da olur. Mesela, Bağdat'ta bulunan bir kimse İstanbul'da bulunan diğer bir kimseye yazdığı mektupta, “İstanbul'da falan yerde, falan sokakta, falan numarada, sınırları şu olan evimi şu kadar liraya sana sattım” diye yazıp mektup İstanbul'daki kimseye ulaştığı yerde o kimse hemen eline kalemi alıp Bağdat'ta bulunan kimseye hitap ederek ve ona cevap niteliğinde, o evi o kadar liraya satın aldığını ve kabul ettiğini yazarsa ikisi de sözlü olarak bir şeyi söylemedikleri halde satım sözleşmesi kurulmuş olur.

Bunun gibi İstanbul'daki kimseye mektubun ulaştığı mecliste sözlü olarak kabul etse yine satım sözleşmesi kurulmuş olur.

436. madde gereğince kira, yüz yüze konuşarak olduğu gibi yazışma ile de kurulmuş olur.

1606. maddede yazıldığı gibi yazışmayla ikrar sözlü ikrar gibidir. 1608. maddede açıklandığı gibi tüccarların güvenilir defterlerindeki kayıtları da yazı ile ikrar sayılır.

Mesela, bir tüccar diğer kimseye şu kadar lira borcu olduğunu kendi defterine kayıt etse kendinin o kimseye o kadar borcu olduğunu ikrar etmiş olup, ihtiyaç sırasında ikrar sözlü ikrar gibi geçerli olur. Çünkü mükatebe, muhataba gibidir.

Benzer şekilde 1609. madde gereğince bir kimse kendisi yazıp veya başkasına yazdırıp imza ettikten veya mühürledikten sonra başkasına vermiş olduğu borç senedi eğer resmi kurallara uygun yazılmış ise yazılı bir ikrar olup, sözlü ikrar gibi geçerli olur.

Alışlageldiği gibi verile gelen makbuz ve haberler de bunun gibidir. 1610¹⁶² ve 1611. maddelere bak.

Bunun gibi 1612. maddede açıklandığı gibi vefat eden bir kimsenin terekesinden nakit para ile dolu bir çanta çıksa, üzerinde, “bu çanta falan kimsenin malıdır, benim elimde emanetti” diye ölen kimsenin yazısıyla yazılı olsa, o kimse o çantayı ölen kimsenin terekesinden alır.

Çünkü yazı ile ikrar sözlü ikrar gibidir.

Madde 70- Dilsizin işaret-i ma’hudesi lisan ile beyan gibidir.

İşaret, vücut hareketleriyle bir şey göstermektir.

Ma’hud, erbabı yanında bilinen demektir.

Dilsizin gerek baş ve gerek kaş ve gerek göz ve el ile olan belirli işaretleri ihtiyaç ve zaruret sebebiyle dil ile söylemek gibidir. Satım, kira, hibe, rehin, nikah, talak, ibra, ikrar, yemin ve vasiyet konularında muteberdir. Zira dilsizin belirli işaretleri geçerli olmasa, hiçbir muameleye muktedir olamayıp ihtiyaçlarını karşılamaktan aciz olması gerekir. Mecelle’nin 174. maddesi gereğince “dilsizin işaret-i marufesiyle bey’ münakid olur” ve 436. maddesinde yer aldığı gibi “icare müşafehe ile olduğu gibi mükatebe ile ve dilsizin işaret-i marufesiyle dahi münakid olur”.

1586. madde gereğince “dilsizin işaret-i ma’hudesi ile ikrarı muteberdir”.

1752. madesi hükmünce dilsizin işaret-i ma’hudesiyle yemini ve yeminden nükülü muteberdir”.

Bunun gibi dilsizin işaret-i ma’hudesiyle bir malını birine hibe etmesi, bir kadını evlendirmesi, eşini boşaması, bir şahsı ibra etmesi ve vasiyet etmesi muteber olur. Kuvvetli görüşe göre dilsizin işaret-i malumesi kısısta da geçerlidir. Ancak hadlerde ittifak ile ve kısısta bir rivayete göre geçerli olmaz. Yani dilsiz işaret-i malumesi ile kısıtı gerektiren bir öldürmenin kendisinden südurunu ikrar etse kuvvetli görüşe göre bu ikrarı geçerli olur, diğer görüşe göre olmaz. Ancak haddi gerektiren bir şeyin kendisinden çıkmasını işaret-i malumesi ile ikrar etse ittifakla geçerli olmaz. Zira had, önemli bir mesele olduğundan şüphe ile kalkar.

¹⁶² Bir kimse bervech-i bâlâ mersum olarak yazıp yahut yazdırıp da mümza yahut mahtum olarak vermiş olduğu deyn senedi kendisinin olduğunu muterif iken havi olduğu borcu inkâr etse inkârına itibar olunmayıp ol borcu ifa eylemesi lazım gelir.

Amma senet kendisinin olduğunu inkâr ettiği takdirde eğer hat veya hatemi meşhur ve mütearif ise inkârına itibar olunmayıp ol sened ile amel olunur. Ve eğer hat ve hatemi meşhur ve mütearif değilse istiktap olunarak ehl-i hibreye gösterilir. Anlar, ikisi de bir şahsın yazısıdır deyu haber verirlerse deyn-i mezkuru vermek üzere ol kimseye emr olunur.

Elhasıl, senet eğer şaibe-i tezvir ve şüphe-i tasniden beri olursa anınla amel olunur. Amma şüpheden beri olmadığı takdirde medyun ol senet kendi senedi olduğunu inkâr eylediği gibi asıl deyni dahi mümkir ise deyni olmayıp senet dahi kendisinin olmadığına müddeinin talebi ile tahlif olunur.”

Dilsizin belirli işaretleriyle hadleri ikrarında şüphe bulunduğu için bu işaretler hadlerde geçerli olmaz.

Dilsizin belirli işaretleriyle şahitliği geçerli olmaz. Zira şahitliğin şartı, şehadet ederim, sözü olduğundan konuşmaktan mahrum olan dilsizin işaretlerinde şahitliğin şartı bulunamayacağından geçerli olmaz. Bu maddenin mutlak olmasından anlaşılacağı gibi dilsiz gerek yazı bilsin gerek bilmesin belirli işareti yukarıda bahsedilen hususlarda geçerlidir.

Yazı bildiği takdirde de yazısı da belirli işaretleri gibi dil ile söylemek hükmündedir.

Dilsizin yazısı geçerli olacağı geçen maddeden anlaşıldığından bu maddede açıklamaya lüzum görülmemiştir. Çünkü geçen maddedeki yazışma mutlak olup gerek konuşan ve gerek dilsizin yazışmasına şamildir. Dilsizin hakim huzurunda gerçekleşen belirli işaretlerini hakim anlarsa gereğiyle amel eder. Eğer bilmezse dilsizin kardeşleri ve arkadaşlarından bu işaretlerini bilen kimselerden sorar. Onlardan birisi dilsizin belirli işaretlerini yorumlayıp, tercüme ederek, “şu işaretle bunu ve bu işaretle şunu demek istiyor” diye hakime anlatır. Bu şekilde tercüman olacak şahıs adil olmalıdır. Zira fasığın sözü kabul olmaz. Bu madde de lisan ile açıklama gibi olacak dilsizin işaretine tahsis edilmiştir. Çünkü konuşanın işareti geçerli değildir. 1586. maddenin ikinci fıkrasına bak.¹⁶³

Söz söyleyebilirken sonradan dili tutulmuş olanın dilinin tutukluğu ölümüne kadar devam eder ve işareti bilirse geçerli olur. Böyle olmazsa işareti geçerli olmaz. Bazı rivayetlere göre sonradan dili tutulanın bu durumu bir sene devam ederse işareti geçerli olur.

Madde 71- Tercümanın kavli her hususta kabul olunur.

Yargılama sırasında hakim taraflar arasında birinin ya da şahitlerin dilini bilmezse tecüman aracılığıyla muhakeme eder ve tercümanın sözünü kabul eder. Şeyheyn (İmamı Azam ve Ebu Yusuf) hazretlerine göre adil olduğu halde bir tercüman yeterlidir. İmam Muhammed hazretlerine göre iki tercüman olmalıdır. Bu sebeple tercümanın iki olması daha uygundur. Tercümanın sözü her hususta yani sözleşmeler, yemin, yeminden dönme, borç ile aynı, hadleri ve kısası ikrarda kabul edilir.

Hadler ve kısası ikrarda tercümanın sözünün kabul olunması, bedeliyet yoluyla değil belki asalet yoluyla. Yani tecümanın sözü, asıl konuşan kimsenin sözü gibidir.

Madde 72- Hatası zahir olan zanna itibar yoktur.

Yani bir zannın hatalı olduğu açıksa ona itibar yoktur. O zan muteber olmadığından, o zanna dayanılarak yapılan şeylere de itibar olunmaz. Mesela, bir adam birisine borcum vardır, diye bir şey verse ve borcu olmadığı anlaşılrsa verdiği geri alabilir. Zira kendisine vacip olmayan bir şeyi kim verirse onu geri almaya hakkı vardır. Ancak hibe oluyla verip kendisine hibe edilen kimse onu harcamış veya kullanmış ya da sadaka yoluyla vermiş ise geri alamaz.

¹⁶³ Madde 1586- “Dilsizin işaret-i mahudesi ile ikrarı muteberdir. Amma nâlık olan kimesnenin işareti ile olan ikrarı muteber değildir.

Mesela, bir kimse nâlık olan kimesneye filanın sende şu kadar kuruş hakkı var mıdır dedikte ol kimesne başını eğmesi ile ol hakkı ikrar etmiş olmaz.”

Bunun gibi kefil, asilin eda ettiğini bilmeyerek kefil olduğu borcu halen bakidir zannıyla alacaklıya eda ettikten sonra asilin borcu eda veya alacaklının asili borcundan ibra ettiğini anlasa kefil verdiği geri alabilir. Bunun gibi kefilin eda edildiğini bilmeyerek halen borcum var zannıyla eda ettikten sonra borcunu kefilin eda ettiği anlaşılrsa asil verdiği geri alabilir. Bunun gibi bir kimse diğerinden bir hak dava edip de inkâr edilmesi üzerine belirli bir bedel üzerine sulh olduklarından sonra davacının hakkı olmadığı açığa çıksa davalı sulh bedelini geri alabilir.

Bunun gibi bir adam küçük kızını başka birisi ile evlendirse, zifafa uygun olmadıkça nafakası kocası üzerine olmaz. Hal böyle iken babası kocasından nafaka isteyerek o da kendi üzerine nafaka gerklidir zannıyla nafaka takdir ettikten sonra o küçüğün nafakasının kendi üzerine olmadığı anlaşılrsa takdiri batıl olur.

Madde 73- Senede müstenid yani delilden kaynaklanmış olan ihtimal ile hüccet yoktur.

Mesela, bir kimse veresesinden birine şu kadar kuruş borcu olduğunu ikrar ettiği takdirde eğer o kimsenin ikrarı maraz-ı mevtinde ise diğer verese tasdik etmedikçe bu ikrarı hüccet değildir. 1598. maddeye bak. **Zira diğer vereseden mal kaçırmak** ve onların haklarını iptal etmek **ihtimali** senede yani **maraz-ı mevte müsteniddir.** Fakat diğer mirasçılar tasdik ederlerse kendi haklarını kendileri iptal etmiş olacaklarından mezkur ikrar sahih ve geçerli olur.

Amma senede müstenid yani delilden kaynaklanmış olmayan ihtimal, sırf tevehhüm olmakla hüccetin delillğine engel olmaz.

Bu sebeple mirasçılarında birine borç ikrar eden kimsenin ikrarı **hal-i sıhhatinde ise o ikrarı muteber olur ve o halde** yani sağlıklı halinde **olan ihtimal** yani mirasçılarında mal kaçırmak ihtimali **mücerred bir nevi tevehhüm olduğundan** ve gelecek madde hükmünce tevehüme itibar olmadığından **ikrarın hücciyetine mani olmaz.** Kitabü'l-İkrar'ın üçüncü babının üçüncü faslına bak.

Benzer şekilde 393¹⁶⁴, 394¹⁶⁵, 395¹⁶⁶, 879 ve 880. maddelere müracaat et.

Madde 74- Tevehhüme itibar yoktur.

Yani delile dayanmayan ihtimale itibar yoktur. Mesela, bir adam birisinden bir mal satın alıp kabz ettikten sonra “şayet başkasının malı ise, sonra benden alır, nefesine kefil ver” diye satıcıyı kefil vermeye zorlayamaz.

Bunun gibi 1203. maddede açıklandığı gibi birisinin insan boyundan yüksek yerde bir penceresi olup ihtimal ki merdiven koyarak komşusunun kadınlara ait bölümüne bakar diye

¹⁶⁴ Madde 393- “Bir mârız maraz-ı mevtinde iken veresesinden birisine bir şey satsa diğer varislerin icazetine mevkufl olup marizin vefatından sonra icazet verilerse nafız olur, vermezlerse nafız olmaz.”

¹⁶⁵ Madde 394- “Maraz-ı mevtinde iken mariz hin-i vefatında kendüye varis olmayan birine semen-i misliyle bir şey satsa sahih ve muteber olur. Ve eğer muhabat yani semen-i mislinden noksan ile bey' ve teslim ettikten sonra fevt olsa sülüs-i malı muhabata müsait olduğu takdirde bey' yine sahih ve muteber olur.

Ve sülüs-i mali muhabata müsait olmadığı surette miktar-ı noksanı müşteri ikmale mecbur olur. Ve ikmal etmezse verese bey'i fesh edebilir...”

¹⁶⁶ Madde 395- “Terekesi müstağrak-ı düyun olan kimse maraz-ı mevtinde malını semen-i mislinden noksan ile satıp da fevt olduğu surette dayinleri mebiin semen-i mislini müşteriye ikmal ettirirler ve ikmal etmezse bey'i fesh edebilirler.”

komşusu o pencereyi kapatamaz. Zira geçen meselede satın alınan mal başka kimsenin malı olması ve bu meselede merdiven koyarak kadınlara ait bölüme bakması ihtimalleri senede dayanmayıp, tevehhümdür. Tevehhüme de itibar yoktur.

Bunun gibi 1740 ve 1741. maddelerde yazılı olduğu gibi hüküm sebeplerinden birisi kesin karinedir. Kesin karine, yakın derecesine ulaşan delildir. Mesela, bir adam eline kan bulaşmış bıçak olduğu halde korku ve telaş ile boş bir evden çıktığı gibi derhal o eve girip de o evde henüz boğazlanmış bir şahıs görünse o kimsenin bu şahsın katili olduğuna şüphe kalmaz. Şayet ki o şahıs kendi kendini öldürmüş olmak gibi sırf vehme dayalı ihtimallere itibar edilemez. Zira tevehhüme itibar yoktur.

Bunun gibi bir yetimin velisi şer'î olarak izin verilmiş durumlardan birisi yok iken, yangın sırasında zarar görme ihtimaliyle yetimin akarını satamaz.

Madde 75- Bürhan ile sabit olan şey iyanen sabit gibidir.

Bürhan, adalete uygun bir delil anlamındadır. Şimdi adalete uygun bir delil ile sabit olan şey, görerek ve şahit olarak sabit olmuş gibidir.

Nasıl ki davalı, dava konusunu hakim huzurunda ikrar ettiğinde Mecelle'nin 1817. maddesi hükmüne hakim onu ikrarıyla ilzam eder.

Bunun gibi davalının dava konusunu daha önce ikrar etmiş olduğu adalete uygun bir delil ile veya kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir senet ile sabit olduğu durumda da hakim davalıyı ikrarıyla bağlı kabul eder.

Madde 76- Beyyine, müddei için ve yemin münkir üzerinedir.

Beyyine, sözlükte açık ve aşikâr olan şeye denir. Hücet ve bürhan manasına da gelir. Fıkıh ıstılahında ise davacının davasını ispat eden kuvvetli hüccete denir ki kendisiyle hüküm verilen sebeplerden birisidir. Yemin sözlükte solun karşılığı olan sağ yön ve sağ el demek olup sağ el sol elden daha kuvvetli olduğundan kudret ve şiddet anlamına da gelir. Önceleri Araplar, anlaşma ve sözleşme halinde sağ ellerini diğer ellerine vurduklarından yemin için de aynı kelime kullanılmıştır. Fıkıh ıstılahında ise yemin iki türdür:

Birincisi, kasem olup haberin iki tarafından birini Cenab-ı Hakk'ın şerefli ismi ile takviye etmektir. İkincisi ise taliktir. "Falan şeyi yaparsam şu kadar sadaka borcum olsun" demek gibi. Karısının talakını bir şeye talik etmek (ertelemek), bu tür bir yemindir.

Bu madde gereğince davacı davasını beyyine ile ispat etmek zorundadır. İspat edemediği takdirde yemin inkar eden taraf üzerinedir. Mesela, davacı tarafından iddia olunan şeyi davalı ikrar ederse hakim onu ikrarı ile bağlı tutar. Eğer inkâr ederse davacıdan delil ister. Davacı delil getirerek davasını ispat ettiği takdirde hakim davalı aleyhine hüküm verir. Davacı davasını ispat edemediği takdirde, davacının talebiyle hakim davalıya yemin teklif eder.

Davalı yemin ederse ya da davacı yemin vermezse hakim davacıyı delilsiz olarak dava açmaktan men eder. Davalı yeminden kaçınırsa hakim kaçınmasına göre hüküm verir. Davalı yemin teklif edildiğinde, eğer davacı yemin ederse dava konusunu ona teslim ve ifa ederim, diye davacının yemin etmesini talep ederse sözü nassa aykırı olduğu için dikkate alınmaz. Çünkü delil davacı için ve yemin inkâr eden üzerinedir.

Burada davalı üzerine olan yemin, kısmî yemindir. Kısaca iki taraftan biri bir şeyi dava edip de diğerinin cevabı sadece inkâr etmekten ibaret olursa delil davacı için ve yemin inkâr eden üzerinedir. Ancak bazı davalar vardır ki iki taraftan her biri bir yönden davacı ve başka yönden inkâr edendir. Böyle olan yerlerde hangi tarafın delili üstün ise hakim ilk olarak o taraftan delil talep eder. Üstün taraf, delil getirmekten acze düşerse diğer taraftan delil istenilir. İspat ederse ona göre hüküm verilir. İspat edemezse kendisine yemin ettirilir. 1769¹⁶⁷ ve 1770. maddelere bak.¹⁶⁸

Hangi tarafın delilinin üstün olduğunu belirlemek için bazı usuller vardır. Mesela, gelecek madde hükmüne göre görünen durumun aksini iddia eden tarafın delili tercih edilir.

Bunun gibi 1762. madde gereğince fazla olan delil tercih edilir. Bu sebeple bir adam hakim huzurunda diğer kimseden bir at semeninden belirli bir miktarını dava ettiği davacı, “sen bana o atı satmadın, bağışladın” diye cevap verse davacı da bağışlamayı inkâr etse bu meselede iki tarafta hem dava ve hem inkâr olduğundan iki tarafın hangisinin delilinin tercih edileceğini belirlemek gereklidir. Kitabü'l-Beyyinat'ın tercih-i beyyinat faslında yazılı 1764. maddesi gereğince satım delili, bağışlama, rehin ve kira delillerine tercih edildiğinden yukarıdaki meselede satım iddiasındaki tarafında delili tercih edilir.

Madde 77- Beyyine hilaf-ı zahiri ispat için ve yemin aslı ibka içindir.

Yani delil, asıl ve görünürdeki duruma aykırı olan şeyi ispat etmek için, yemin ise görünürdeki durumu devam ettirmek içindir. Bu sebeple asıl ve görünür durumun aksini iddia eden kimse davasını delil ile ispat etmelidir. Asıl ve görünürdeki durumu iddia eden kimseye yemin verilir. Mesela, bir kimse kullanılmak üzere birisinden ariyet almış olduğu bir at, ariyet alan kimsenin elinde telef olsa ve atı veren kimse, “ben sana bir hafta kullanmak üzere ariyet olarak vermiş idim, sen ise on gün kullanarak elinde telef ettiğinden tazmin edeceksin” diye dava etse ve hayvanı alan kimse de, “yok sen öyle belirli bir süre ile sınırlandırmamıştın, mutlak olarak ariyet vermiştin” diye dava etse ariyet alanın delili tercih edilir. Ariyet alan davasını ispat edemediği ve ariyet veren delili olmadığı takdirde söz, yeminle birlikte ariyet verenindir. Çünkü ariyette mutlak olmak, asıl durumun aksidir. Delil ise görünürdeki durumun aksini ispat ve yemin ise asıl durumu devam ettirmek içindir.

Bunun gibi bir kimse diğerinin malını satmaya vekil olup da veresiye satsa müvekkil, “ben seni peşin satmaya vekil etmiş idim” diye dava ve vekil de “sen beni mutlak olarak vekil etmiştin” diye iddia etse vekilin delili tercih edilir. Söz yeminle birlikte müvekkilin olur. Zira müvekkil kayıtlamayı, vekil ise mutlak olmayı iddia etmekte olup vekalette sınırlama asıl, mutlaklık asla aykırı olduğundan görünürdeki durumun aksini sipat için vekilin delili tercih edilir. Ve asıl durumu devam ettirmek için müvekkilin yemin etmesi gereklidir.

Bir kimse diğeriyile mudarebe sözleşmesi yaparak bir miktar para aldıktan sonra Samsun'a sefer ederken yolda söz konusu para kaza ile zayı olup, parayı veren kimse, “ben sana İstanbul'da alışveriş etmek için para vermiş idim” mudarip de, “mutlak surette vermiş idim yani bir kayıt koymamıştın” diye dava ettiğinde iki tarafın delilleri olduğu halde sermaye sahibinin delili tercih edilir. Hiç biri ispat edemediği takdirde söz, yeminle birlikte mudaribindir.

¹⁶⁷ Madde 1769- “Râcih tarafı ikame-i beyyineden izhar-ı acz ettiği surette mecruh tarafından beyyine istenilir, ispat ederse febiha, edemediği surette kendisine yemin ettirilir.”

¹⁶⁸ Madde 1770- “Bervec̣h-i bâlâ râcih tarafı ispattan izhar-ı acz etmekle mecruh tarafı ikame-i beyyine edip de mucebiyle hükmolunduktan sonra râcih tarafı ikame-i beyyine etmek istediği takdirde artık ana iltifat olunmaz.”

Madde 78- Beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kasıradır.

Delil, 76. maddenin şerhinde tanımlanmıştı. Hüccet, delil demektir. Müteaddiye, geçen, sirayet eden, tecavüz eden demektir. İkrar, Mecelle'nin 1572. maddesinde yazılı olduğu şekilde bir kimsenin diğer kimsenin kendisinde olan hakkını vermesidir. Haber veren kimseye ikrar eden, hak sahibine lehine ikrar yapılan denilir. Kasıra, müteaddiyenin zıttıdır. Beyyine hüccet-i müteaddiyedir, yani bir şey delil ile sabit olup da gereğince hüküm verildiğinde o hüküm yalnız kendi üzerine delil dinlenen şahsa münhasır olmayıp başkasına da etki eder. Zira delil, ancak hakimin hükmüyle hüccet olur. Hakimin genel velayeti olduğundan hükmü taraflar dışındaki kimselere de etki eder. Ancak ikrar hüccet-i kasıradır, yani ancak ikrar edene münhasır olup, başkalarına etki etmez. Bir olayda kim hakkında hüküm verilecekse o olaydaki delil ile verilen hüküm onların hepsine etki eder. Ancak haklarında hüküm verilmeyecek şahıslara etki etmez.

Mesela, nesep delil ile sabit olup hüküm verildikten sonra bütün insanlar hükmün muhatabı olduğundan bu hüküm bütün insanları etkiler. Artık hiçbir kimsenin bunun aksine dava ve şehadeti dinlenmez.

Fakat bir kimsenin elinde olan bir mal hakkında bir kişi istihkak iddiasında bulunup o mal kendisinin olduğunu delil ile ispat ederek hüküm verildikten sonra, bu hükümden bütün insanlar etkilenmeyip sadece davanın tarafları etkilenir.

Bunun gibi Mecelle'nin 1612. maddesinde yazılı olduğu gibi ölen kimsenin lehine ve aleyhine olan davada yalnızca mirasçılardan birisi hasıl olabilir.

Mesela bir kimse ölen kimsenin terekesinden alacak dava edecek olsa mirasçılardan yalnız birisinin huzurunda dava edebilir. Gerek o mirasçı elinde terekeden mal bulunsun ve gerek bulunmasın. Böyle bir mirasçının huzurunda alacak dava edip de o mirasçı da borcu ikrar ettiği takdirde alacaktan onun hissesine ne kadar isabet eder ise yalnız o miktarı vermesi emredilir. Ve onun ikrarı diğer mirasçıları etkilemez. Eğer ikrar etmeyip de davacı yalnız o mirasçının huzurunda davasını ispat ederse bütün mirasçılar aleyhine hüküm verilir. Davacı ona göre dava konusu olan alacağı terekeden aldığı diğer mirasçılar davacıya "o alacağı tekrar bizim huzurumuzda ispat et" diyemezler. Zira delil hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kasıradır.

Kiralayan birisine borç ikrar edip de kiralayanın kiracı elinde olan kiralanan başka malı olmadığı anlaşılırsa kira fesh olunarak o kiralanan satılıp semeninden borç ödenir. Burada delil hüccet-i müteaddiye olduğundan ikrar hüccet-i kasıradır, kuralından bu meselenin istisnası olacağı akla gelirse de istisna olmayıp bu meselede de ikrarın hüccet-i kasıra olduğu aşağıda açıklanacaktır.

Şöyle ki ikrar edenin borcu ikrar etmesi kendi zimmetine ilişkin olur. Başka bir kimsenin hakkına tecavüz etmez. Bu sebeple söz konusu ikrar sahih olur. İkrar edenin ise kiralanan başka malı olmadığından ve eğer o malı satılmamış olsa kiralayan haps edilerek kira sözleşmesi ile altına girmedeği bir zarardan sorumlu olması gerekeceğinden zaruri olarak kira fesh olunarak kiralanan satılır.

Hata kiracı peşin para vermiş ise o paradan geri almadığı kadarı kiralanan şeyin semeninden kiralayana verilir ve fazlasını da alacaklı alır. Eğer fazla kalmayacak olursa delilin hüccet olması yargılamaya bağlı olup, bizzat ikrarın hüccet olduğu yukarıda açıklanmıştı. Bu konunun ayrıntılarına gelince, hakim hüküm vermedikçe bir delil hüccet olmaz. Bu sebeple bir hakimin huzurunda bir hususa iki kimse şahitlik edip hüküm olunmaksızın o hususu başka bir hakimin huzurunda dava ve hasmı inkâr edip de diğer iki kimse ikinci hakimin huzurunda asıl davaya şehadet etmeyip ilk hakimin huzurunda o hususa iki kimsenin şahitlik ettiğine şahitlik

etseler bununla davacının davası sabit olmaz. Fakat şahitler davalının dışarıda ikrar ettiğine hakim huzurunda şahitlik etseler ikrarın hüccet olması hakimın hükmüne bağlı olmadığından bu şahitlikler ile davacının davası sabit ve hüküm sahih olur.

Madde 79- Kişi ikrarı ile muahaze olunur.

Yani şer'e göre sahih ve muteber olan ve hakim tarafından yalanlanmayan ikrar ile ikrar eden kimse bağlı olur. Çünkü ikrar da beyyine gibi bağlayıcı hüccetlerdendir.

Bu sebeple kul haklarında ikrardan dönmek sahih olmaz. Şöyle ki bir kimse “falan kimseye şu kadar lira borcum vardır” dedikten sonra “ikrarımdan döndüm” demesine bakılmayıp ikrarıyla bağlı olur.

İkrarın şartları Kitabü'l-İkrar'ın 1572. madde ile başlayan birinci babda yer almaktadır.

Geçen maddenin şerhinde açıklandığı gibi ikrar her ne kadar hüccet-i kasıra ise de binefsihi hüccet olduğundan ve ikrarın yalanlanması adet olarak imkansız bulunduğundan ikrar min vechin beyyineden evladır.

Bu sebeple bir olayda beyyine ile ikrar bir araya gelip de hükmü beyyineye bina etmeye ihtiyaç olmazsa ikrara bina edilir. Mesela, bir kimse diğer kimseden karz sebebiyle hakim huzurunda 1000 lira alacak dava edip de diğerinin inkârı üzerine davacı davasını beyyine ile ispat ettikten sonra hükümden önce davalı ikrar etse de ikrarı ile bağlıdır. Çünkü bunda hükmü beyyineye bina etmeye ihtiyaç yoktur. Fakat bir kimse ölen birinin mirasçılarında ancak birisinin huzurunda terekeden bir alacak dava edip ve o mirasçı inkâr edip de davacı davasını ispat ettikten sonra hükümden önce davalı ikrar etmiş olsa hüküm ikrar üzerine kurulmaz. Belki beyyine üzerine kurulur. Zira ikrara bina edilse davacı ancak o mirasçının hissesine isabet eden miktarı terekeden alabilir. Diğer mirasçının hisselerine sirayet etmez.

Ancak beyyineye bina kılındığı durumda davacı diğer mirasçıların hisselerine isabet eden miktarı da terekeden alır.

Bu sebeple mirasçı ilk olarak ikrar edip de hüküm verilmeden önce diğer mirasçılara etki etmek için davacı beyyine ileri sürse o mirasçı ikrar edenin üzerine beyyine dinlenebilir.

Bir kimsenin satın alıp da elinde bulunan bir şeye başka kimse müstehak çıkararak onu iddia etmesi üzerine yargılama anında “o kimse bu şey falanın malı idi bana sattı” demiş olduğu halde o kimse davasını ispat ve hakim de hüküm verdiğinde müşteri satıcıya rücu ile satılanın semenini ondan geri alır.

Eğer yargılama anında o şey satıcının malı olduğunu ikrar etmiş ise de hakimın hükmüyle yalanlanmış olduğundan ikrarının hükmü kalmadığı için rücu'u engellemez.

Madde 80- Tenakuz ile hüccet kalmaz. Lakin mütenakızın aleyhine olan hükme halel gelmez.

Tenakuz (çelişki), iki sözden her birinin diğerine aykırı olması yani birinin diğerini nakz ve iptal etmesidir. Çelişik iki sözden hiç birisi hüccet olamaz. Mesela, 1728. maddede açıklandığı gibi **şahitler** şahitlik ettikten sonra hüküm verilmeden önce hakim huzurunda **şehadetlerinden rücu' ile tenakuz ettiklerinde şehadetleri hüccet olmaz**. Yani keenlemyekün hükmünde olup hakim bu şahitliklerle hüküm veremez. Çünkü ilk olarak şahitlik etmeleriyle ikinci olarak rücu' etmeleri arasında tenakuz (çelişki) bulunmakla, çelişik olan iki sözden hiçbirine itibar edilmez ve hakim çelişik kelimeler ile hüküm veremez ve bu takdirde şahitlere asla tazmin gerekmez. Zira

şahitler ilk olarak şahitlik etmeleri ve ikinci olarak da rücu' etmeleri sebebiyle davacı veya aleyhine şahitlik edilen kimsenin malının telef olmasına sebep olmuşlardır. Fakat şahitler tazir olunur. **Lakin** çelişğin aleyhine olan hükme hanel gelmez. Yani çelişik olan şahitlerin aleyhlerine olarak terettüp eden tazmin hükmüne hanel gelmez. Bu sebeple 1729. maddede açıklandığı gibi şahitlerin **evvelki şهادتleri üzerine kadı hükmetmiş** ve şahitler hakimın hükmünden sonra rücu' etmişler **ise bu hüküm dahi bozulamayıp mahkumun bihi şahitlerin tazmin etmesi lazım gelir.**

Çünkü şahitlerin ikinci sözleri yani rücu'ları doğruluğa delalette önceki sözleri yani şahitlikleri gibidir. Aslında bunlardan biri diğerine tercih edilmez. Fakat önceki sözleri yani şahitlikleri kendisinde hüküm ve yargılamanın bulunması sebebiyle kuvvetlenmiş ve tercih edilmiş bulunduğundan, ikinci sözleri yani rücu'ları onu nakz edemez. Bir de hakim çelişik kelim ile hüküm veremeyeceği gibi vermiş olduğu hükmü de çelişik söz ile bozamaz. Ancak şahitler şahitlikleri ile ala vechitteaddi itlafına sebep oldukları şeyi tazmin etmeleri gerekmez. Zira hükümden sonra şahitliklerinden rücu'ları ile kendi üzerlerine tazminin sebebinin ikrar ve itiraf etmiş olurlar. Sözlerinde çelişkiye düşmeleri kendi aleyhlerine olan ikrarın delil olmasına engel değildir.

Madde 81- Asıl sabit olmadığı halde fer'in sabit olduğu vardır.

Bu madde, "asıl sâkit oldukça fer' dahi sâkit olur" kuralının tamamlayıcısıdır. Yani fer' düştüğünde her zaman asla tâbi ise de sabit olmakta her zaman asla tabi değildir. Bazen asıl sabit olduğu halde fer sabit olabilir. **Mesela, bir kimse falanın falana şu kadar kuruş deyni vardır, ben dahi ona kefilim dese ve asilin deyni inkârı üzerine dain** asilin borcu olduğunu ispat edemeyip asile yemin verdirilerek zimmetinin aklanmasına hüküm olunduktan sonra alacaklı, alacağını kefilinden **iddia etse meblağ-ı mezburu kefilin vermesi lazım gelir.** Burada asilin borcu asıl ve kefilin borcu fer' olup asilin borcu sabit olmadığı halde kefilin borcu sabit olmaktadır. Çünkü kefilin kendisi aleyhinde ikrarı şer'i hukuka göre muteber olmakla ikrarıyla sorumlu tutulur ve kefil olduğu borcu alacaklıya ödemesi gerekir. Fakat 78. maddede açıklandığı gibi ikrar hüccet-i kasıra olduğundan kefilin ikrarı kendi aleyhine maksur bir hüccet olup asili etkilemez.

Madde 82- Şartın sübutu indinde ona muallak olan şeyin sübutu lazım olur.

Yani bir şartın gerçekleşmesine ertelenmesi sahih olan tasarruflardan birisi şartın gerçekleşmesine ertelendiği takdirde şart sabit olduğunda ona ilişkin olan tasarrufun da sabit olması gerekir. Ancak şartın gerçekleşmesine ertelenmesi sahih olmayan tasarruflardan birisi şartın gerçekleşmesine kadar ertelendiği takdirde, şartın sabit olması halinde ona ilişkin olan tasarrufun da sabit olması gerekmez.

Şart, sözlükte gerekli olan bir alamet ve belirti anlamındadır. Kıyametin alametleri manasına gelen eşrat-ı saat gibi. Şer'i istılahta ise şart, bir şeyin varlığı kendisine bağlı olandır.

Erteleme, bir cümlenin anlamının gerçekleşmesini diğer bir cümlenin anlamının gerçekleşmesine bağlamaktır. Bağlanan şeye muallak bi's-şart ve ceza ve bağlanılan şeye muallak aleyh ve şart denir.

Mesela, bir kimse "eğer falan adam senin malını çalarsa ben zararını tazmin ederim" dese kefalet-i muallaka olur.

Yani ben zararını tazmin ederim, cümlesinin anlamı olan tazmin ve kefaletin meydana gelmesini “falan adam senin malını çalarsa” cümlesinin anlamı olan o adamdan çalma fiilinin meydana gelmesine bağlamış olur. Şartın yani çalmanın meydana gelmesi yanında ona ilişkin olan şeyin yani tazmin ve kefaletin sabit olması gerekir.

Şartın gerçekleşmesine ertelemenin sıhhatinde şart henüz mevcut olmayıp gelecekte meydana gelmesi şüpheli olan şeylerden olması gerekir.

Bu sebeple erteleme öncesi meydana gelen şartın gerçekleşmesine erteleme sonucu doğar. Yani o şarta ilişkin olan şey hemen meydana gelir. Mesela, bir kimse diğere, “eğer benim sende alacağım varsa ibra ettim” deyip de aslında o kimsenin alacağı bulursa borçlu borçtan hemen aklanmış olur. Bir de imkansız olan bir şartın gerçekleşmesine erteleme batıl olur. Yani hiçbir hüküm ifade etmez.

Şartın gerçekleşmesine erteleme, Arapça’da “in” ve Türkçe’de “eğer, ise” gibi erteleme ifade eden sözlerle olur.

Şart bazen şart edatı kullanılmayarak sözleşmenin aslını bir kayıt ile sınırlamaya denir. Burada ertelenen şeye meşrut ve mukayyed bi-ş-şart ve o kayda da şart denir. Bu şart “üzere” ve “şartıyla” gibi sözlerle ifade edilir. Satıcının, “şunu rehin vermek üzere ya da rehin vermek şartıyla sattım” tabirleri gibi. Gelecek maddede ifade edilecek şart bu manada bir şarttır. Şartın gerçekleşmesine erteleme ve şart ile sınırlama arasındaki fark şöyledir: Erteleme tasarrufun sebepliğine yani hükmü gerektirecek şekilde hemen sözleşmenin kurulmasına engel olur. Mesela, bir kimse erteleme olmaksızın, şu atımı satmak için seni vekil yaptım, deyip de vekil de kabul etseydi bu söz vekaletin hemen kurulmasını gerektirirdi. Ancak, “falan tüccar buraya gelirse şu atımı satmak için seni vekil yaptım” deyip de o da kabul etse vekalet o tüccarın gelmesine ertelenmiş olarak kurulur ve şart olan o tüccarın gelmesi gerçekleşmedikçe bir hüküm ifade etmez. Ancak şart ile sınırlama, asıl tasarrufun hüküm ifade edecek şekilde hemen kurulmasına engel olmaz. Şu kadar ki o şart, caiz şartlardan ise sözleşme o şartla sınırlanmış olarak hemen ve sahih olarak kurulmuş olur ve şart da geçerlidir. Gelecek maddede açıklanacağı gibi bu şarta mümkün mertebe uymak gerekir. Eğer şart, caiz olmayan (lağv) şartlardan ise söz konusu şart lağvedilerek sözleşme katıysız ve şartsız olarak kurulmuş ve sahih olur. Eğer şart bozucu şartlardan ise, sözleşme fasit olarak kurulmuş olur. Nitekim Kitabü’l-Büyu’un birinci babının dördüncü faslında açıklanacaktır.

Tasarruflardan bazısında gelecek zamanla ilişkilendirme sahih olur. Gelecek zamanla ilişkilendirme şeklinde tasarruf, hemen hükme sebep olarak kurulmuş olur. Ancak o tasarrufun hükmü, ilişkilendirilen zamana ertelenmiş olur. Bu açıklamaya göre erteleme ile ilişkilendirme arasındaki fark da ortaya çıkmıştır. Gelecek zamanla ilişkilendirmesi sahih olan tasarruflardan bazıları Mecelle’nin 408¹⁶⁹, 440¹⁷⁰, 636¹⁷¹, 1456 ve 1801. maddelerinde yer alır. Bu maddeden doğan meselelerden bazıları 636, 651 ve 1456. maddelerde bulunmaktadır.

¹⁶⁹ Madde 408- “İcare-i muzafe, gelecek bir vakt-i muayeneden itibaren icardır.

Mesela, gelecek filan ayın ibtidasından itibaren bir hane bu kadar müddet için şu kadar kuruşa icar olursa icare-i muzafe olarak mün’akid olur.”

¹⁷⁰ Madde 440- “İcare-i muzafe sahih ve vakt-i hülulünden evvel lazım olur.

Binaenaleyh ehad-ı âkideyn mücerret vakti gelmedi diye icareyi fesh edemez.”

¹⁷¹ Madde 636- “Amma bir şarta müteallik ve zaman-ı müstakbele muzaf olarak mün’akid olan kefalette şart tahakkuk ve zaman hülül etmedikçe kefil mutalep olmaz.

Mesela, filan adam senin alacağını vermez ise edasına kefilim dedikte kefalet meşrutan mün’akid olup lede’l-mutalebe ol adam borcunu vermezse kefiliden mutalebe olunur; yoksa asilden kable’l-mütalebe kefil mutalep olmaz...”

Madde 83- **Bikaderi'l-imkan şarta müraat olunmak lazım gelir.**

Yani şer'e göre muteber olan şarta riayet yani o şarta uygun hareket etmek mümkün olduğunca gereklidir.

Vakfeden kimsenin şer'e aykırı şartları gibi şer'e göre sahih olmayan ya da Mecelle'nin 189. maddesinde açıklandığı gibi lağv olan şartlara asla itibar olunmaz. Şer'e göre sahih ve muteber olan şartlara da mümkün merteye uymak gerekir. Nitekim Mecelle'nin 784. maddesinde ¹⁷² ayrıntılarıyla yer alır.

Sahih ve muteber olan şartlara riayet etmek gerektiği Mecelle'nin 186 ¹⁷³, 187 ¹⁷⁴, 188 ¹⁷⁵, 287, 300, 468, 505, 605, 696, 855, 1367, 1370, 1390, 1420 ve 1467. maddelerinde yer almaktadır. Şartın sülb-ü akitte olması gerekir. Bu sebeple sözleşme yapıldıktan sonra eklenen şarta itibar yoktur.

Madde 84- **Vaatler suret-i ta'liki iktisa ile lazım olur.**

Vaat, bir kimsenin bir şeyi gelecekte yapacağını açıklamasıdır ki söz vermek demektir. İktisa iftial babından masdar olup elbise giymek ve giyinmek anlamına gelir. Vaat, cisim olmadığından gerçekten suret ve iktisa olamaz. Bu sebeple sözde istiare vardır. Vaatler şahıslara ve elbiselere benzetilmiş veya iktisa, bağlamak ve birleştirmek manasına istiare yapılmıştır. Kısaca anlamı şudur; vaatler bir cümlenin anlamının meydana çıkmasına ertelenerek lazım olur. Yani ertelenen şeyin gerçekleşmesi ile vaatlerin de gerçekleşmesi gerekir.

Vaat iki türdür; soyut ve ertelenmiş. Soyut vaat ile bir şey gerekmez. Mesela, bir adam “falan kimsenin borcunu ben öderim” dese böyle demesiyle o borca kefil olmuş sayılmaz. Ancak ertelenmiş vaatte, ertelenen olay gerçekleşirse vaatlerin de yerine getirilmesi gerekir. **Mesela, sen bu malı falan adama sat. Eğer akçesini vermez ise ben veririm, dese ve malı alan akçeyi vermese bu vaadi eden kimsenin akçeyi vermesi lazım gelir.**

Çünkü ben veririm, demesi vaattir. Ancak soyut değildir, bu adamın vermemesine ertelenmiştir. Eğer vermezse böyle söyleyen kimsenin vermesi gerekir. Bu sözü kefalet sözlerinden sayılır. 623. maddeye bak. Ancak o kimse mutlak olarak sorumlu tutulmaz. İlk olarak borçludan

¹⁷² Madde 784- “Akd-i idada irat olunan şart eğer mümkünü'l-icra ve müfid olursa muteberdir, değilse lağvdir.

Mesela, müstevda'ın hanesinde hıfz olunmak şartıyla bir mal ida olunmuş iken harik vukuu ile diğer mahalle nakline mecburiyet geldikte ol şarta itibar olunmaz ve bu surette vedia diğer mahalle nakl olunup da bila teaddi vela taksir telef ya zayi olsa zaman lazım gelmez...”

¹⁷³ Madde 186- “Akd-i bey'in muktezasından olan şartla bey' sahih ve şart muteber olur.

Mesela, bayi kabz-ı semen edinceye dek mebi'i hapsedmek şartıyla sattıkta bu şart bey'e zarar vermeyip belki mukteza-yı akdi beyandır.”

¹⁷⁴ Madde 187- “Mukteza-yı akdi teyit eden şartla bey' sahih ve şart muteberdir.

Mesela, filan şeyi terhin etmek yahut şu adamı kefil vermek şartıyla bir şey satmak sahih ve şart muteberdir. Hatta müşteri bu şartlara riayet etmezse bayi bey'i fesh edebilir. Zira bu şartlar mukteza-yı akd olan teslim-i semeni teyit eyler.”

¹⁷⁵ Madde 188- “Mütearif yani örf ve adet-i beldede cari olan şartla bey'i dahi sahih ve şart muteberdir.

Mesela, kürkü kaplamak ve kilidi yerine mihlamak ve yırtık elbiseyi yamamak şartıyla satmak sahih olup bu şarta dahi bayi'in riayet etmesi lazım gelir.”

talep edilir. Borçlu vermediği takdirde kefinden istenir. Çünkü ertelenmiş kefalette kefinden istenmesi için, ertelenen şartın gerçekleşmesi gerekir. 636. maddeye bak.¹⁷⁶

Madde 85- Bir şeyin nef'i zamanı mukabelesindedir.

Yani bir şey telef olduğu takdirde hasarı kime ait ise onun zamanında demek olup o kimsenin bu vecihle zamanı o şey ile intifa mukabil olur. Mesela, bir kimse ayıbını bilmeyerek bir hayvan satın alıp kabz ettikten ve bir süre kullandıktan sonra eski ayıbını öğrenip de hıyar-ı ayıb ile satıcıya geri verse bu şekilde red olunan bir hayvanı müşteri ayıbını bilmeyerek kullanmış olmasından dolayı bayi' ücret alamaz. Zira o hayvan kable'r-red telef oldu. Hasarı müşteriye ait olacak idi. Ayrıntıların Kitabü'l-Büyu'un altıncı babının altıncı faslında açıklanacaktır.

Bunun gibi bir kimse kiralamış olduğu bir ata binerek, mutad olan yerden belirli bir yere giderken yolda hayvan düşüp telef olsa kiracının ücreti ödemesi gerekir, zararı tazmin etmesi gerekmez. Fakat kiracı, şart kılınanın üstünde bir kullanımla hayvan telef olsa o zaman tazmin etmesi gerekir. Fakat ücret gerekmez. Zira bir şeyin nef'i zamanı mukabelesindedir.

Bunun gibi 1347. madde gereğince kâra hak kazanmak bazen mal ile bazen de çalışmakla olduğu gibi bazen de tazmin ile olur. Nitekim mudarebede kâra sermaye sahibi malıyla ve mudarip çalışmasıyla hak kazanır. Sanat erbabından birisi yanına bir çırak alıp da taahhüt ettiği işleri yarım ücretle ona gördürse caiz olur. Kesbin yani iş sahiplerinden alınan ücretin yarısına o çırak çalışmasıyla hak kazandığı gibi ustası da çalışmayı taahhüt etmesi ile ücretin diğer yarısına hak kazanır. Çünkü bir şeyin nef'i zamanı mukabelesindedir.

Madde 86- Ücret ile zaman müctemi' olmaz.

Yani bir sebepten dolayı bir yerde ücret ile tazmin bir araya gelmez. Zira tazmin eden şahıs, tazmin ile tazmin edilen şeye malik olur. Malik olduğu şey için bir kimseye ücret gerekmez. Bu sebeple tazmin gereken yerde ücret gerekmez. Mesela, bir kimse bir adamın ineklerini gasp edip bir süre faydalandıktan sonra inekler hastalanıp kıymetleri azalsa o adama ineklerinin eksilen kıymetini gasp eden kimseye tazmin ettirir. Fakat gasp eden kimseden ücret isteyemez. Çünkü ücret ile tazmin bir araya gelmez.

Bunun gibi bir kimse buğday ekmek için kiraladığı tarlaya yonca ekip de o tarlanın değeri azalsa kiralayan kimse eksilen kıymeti kiracıya tazmin ettirir. Ancak tazminden sonra ücret gerekmez Zira ücret ile tazmin bir araya gelmez.

Bunun gibi Mecelle'nin 545¹⁷⁷, 547, 548, 550, 551, 556 ve 557. maddelerinin tazmin gereken hallerinde ücret gerekmez. Mesela, belirli bir yerden hayvan kiralayan kimse, kiralayanın

¹⁷⁶ Madde 636- "Amma bir şarta muallak ve zaman-ı müstakbele muzaf olarak mün'akit olan kefalette şart tahakkuk ve zaman hulül etmedikçe kefil mutalep olmaz.

Mesela, filan adam senin alacağını vermez ise edasına kefilim dedikte kefalet meşrutan mün'akit olup lede'l-mutalebe ol adam borcunu vermezse kefinden mutalebe olunur; yoksa asilden kable'l-mütalebe kefil mutalep olmaz..."

¹⁷⁷ Madde 545- "Bir mahall-i muayyene dek hayvan isticar eden kimse mukârinin izni olmadıkça o mahalli tecavüz edemez.

Ve tecavüz ettikte sağ ve salim sahibine teslim edinceye dek o hayvan müstecirin zamanında olup gerek zehabında ve gerek iyabında telef olsa zaman lazım gelir."

izni olmadıkça o yerin sınırları dışına çıkamaz. Çıktığı takdirde sağ ve salim sahibine teslim edinceye kadar o hayvan kiracının tazmininde olup, telef olsa tazmin etmesi gerekir. Fakat belirli yerin sınırlarını aştığından dolayı ücret gerekmez.

Bunun gibi binmek için kiralanan hayvana yük yüklenemez. Yüklenirse hayvan öldüğü takdirde tazmini gerekir. Ancak ücret gerekmez. Çünkü ücretle tazmin bir araya gelmez.

Bu maddenin şerhinde işaret edildiği gibi ücret ile tazminin bir araya gelememesi bir sebepten doğduğu takdirdedir. Ancak çeşitli sebepler bulunursa bir yerde ücret ile tazmin bir araya gelebilir. Mesela, 545. maddedeki meselede kiracı belli bir yere kadar gittiğinden dolayı belirlenen ücreti vermesi ve belirli yerin sınırlarını aşarak hayvanın telef olmasından dolayı tazmin etmesi gerekir. Görüldüğü gibi burada tazmin ile ücret bir araya gelmiş olmaktadır.

Madde 87- Mazarrat menfaat mukabelesindedir.

Diğer bir tabirle külfet nimete ve borç ganimete göredir.

Yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına mütehammil olur. Bu sebeple bir medresenin müderrisinin ev halkına meşrut olan vakıf evin tamiri, vakıf malından olması gerekmeyp belki orada oturan müderrise gerekir. Zira mazarrat menfaat mukabelesindedir. Şu kadar ki eğer vakfeden kimse, o evin vakıf malından tamir olunmasını açıkça şart etmiş ise vakıf mütevellisi o evi vakıf malından tamir eder.

Bunun gibi Mecelle'nin 1152. maddesinde yazılı olduğu gibi tekalif-i emiriye eğer nüfusun korunması için ise evdeki kişi sayısına bölünüp kadın ve çocuklar dağıtıma katılmaz. Eğer mülkün korunması için ise mülk miktarı üzerine bölünür. Zira borç ganimete göredir.

Bunun gibi Mecelle'nin 1218. maddesi hükmünce iki komşu arasında müşterek olan duvarın yıkılmasından korkuluyorsa komşulardan biri onun yıkılmasını istediği halde diğeri kaçınırsa, birlikte yıkmaya zorlanır. Komşular o duvardan nasıl faydalanıyorlarsa onun zararına da öylece katlanmakla yani onu birlikte yıkıp tamir ettirmekle yükümlüdürler.

1326. maddede yazılı olduğu gibi ortak bir nehrin ıslahı yukarıdan başlar ve başlangıçta bütün ortaklar buna katılırlar. En üst taraftaki hissedarın arazisinden geçtiğinde o kurtulur ve aynı şekilde aşağısına kadar iner. Zira borç ganimete göredir.

1327. madde gereğince müşterek bir kanalizasyonu temizlemek sıkıntısı aşağıdan başlar. En aşağıdaki hissedarın arsasındaki kanalizasyon hissesinin masrafında bütün hissedarlar ortakdır. Ondan yukarı çıkıldıkça o hissedar kurtulur. Diğerleri ikinci hissedarın yerini temizlerler. Sonra bu da kurtulur. Bunun gibi birer birer kurtularak en yukarıda bulunan hissedar hepsinin masrafına katılır, kendi hissesini ise yalnız başına yapar. Bunun için en aşağıdaki hissedarın masrafı hepsinden az ve en yukarıdaki hissedarın masrafı hepsinden çok olur. Ortak nehrin temizlenmesinde ise durum bunun aksidir. Zira borç ganimete göredir.

Madde 88- Külfet nimete ve nimet külfete göredir.

Bu maddenin birinci fıkrası geçen madde ve ikinci fıkrası 85. madde ile aynı anlamdadır. Yani bir şeyden faydalanmak ne derecede ise ondan hasıl olan külfet ve meşakkat de o derecededir. Bunun gibi çekilen meşakkat ne nispette ise ondan görülecek menfaat de o nispettedir.

1308. maddede açıklandığı gibi bir ortak mülk tamire muhtaç olduğunda sahipleri hisselerine göre ortaklaşa tamir ile mükelleftirler.

Çünkü ortak mülkün kirasından ve diğer menfaatlerinden ortaklar, hisseleri nispetinde faydalandıkları gibi tamir masraflarını da hisselerine göre karşılarlar.

Bunun gibi 1320. maddede yazılı olduğu gibi iki kişi arasında bir hayvan ortak mülk olup da birisi onu beslemekten kaçınırsa diğeri hakime müracaat etse hakim kaçınan hissedara “ya hissene sat veya müşterek olarak hayvanı besle” diye cebredebilir. Çünkü külfet nimete ve nimet külfete göredir.

Madde 89- Bir fiilin hükmü failine muzaf kılınır. Ve mecbur olmadıkça âmîrine muzaf kılınmaz.

Fiilin hükmü tazmin gibi o fiil üzerine terettüp eden eserdir. Yani failin fiili üzerine terettüp eden hüküm o faile nispet edilir.

O fiili faile emreden kimse mecbur olmadıkça o kimseye nispet edilmez. Bu sebeple bir kimse birinin malını telef edip de tazmin gerektiğinde, “ben onu falan şahsın emriyle telef etmişim” demesiyle tazminden kurtulamaz. Ve emreden kimseye rücu’ edemez. Zira 95. madde hükmünce başkasının malında tasarrufla emretmek batıldır. Emreden kimsenin cebretme derecesine varmayan emri ile fail tazminden kurtulamaz. Ancak emreden kimse, mücbir olursa o halde fail tazminden kurtulur, tazmin ancak emredene gerekir. Emredenin mücbir olması ikrah-ı muteber-i mülci ile faile cebr ve ikrah etmesi ile olur. Zira ikrah-ı gayrı mülci fiili tasarruflarda muteber olmaz. Mesela, bir kimse diğerrinin malını telef etmek üzere bir şahsı öldürme ile ikrah edip de o şahıs o malı ikrah altında telef etse tazmin faile gerekmiyip emreden mücbire gerekir. İkrahın tanımı ve taksimi ve ahkamı 948, 949, 1003, 1004, 1005, 1006 ve 1007. maddelerde yer alır.

Madde 90- Mübaşir yani bizzat fail ile mütesebbib müçtemi’ oldukça hüküm o faile muzaf kılınır.

Mübaşir, fiili ile telef olma arasına ihtiyari bir fiil girmeyen ve kendi fiili ile telef meydana gelen kimsedir.

Mütesebbib, kendi fiili telefe sebep olup ancak fiili ile telef arasına diğerr fiil giren kimsedir.

Mübaşeretden itlaf bir şeyi bizzat telef etmektir ki eden kimseye fail-i mübaşir denir.

Tesebbüben itlaf da bir şeyin itlafına sebep olmaktır. Yani bir şeyde diğerr şeyin telefine sebep olan bir işi yapmaktır ki yapan kimseye mütesebbib denir.

Nitekim tavanda asılı bir avizenin ipini kesmek avizenin yere düşüp kırılmasına sebep olduğundan ipi kesen kimse mübaşeretden ipi telef etmiş ve tesebbüben kandili kırmış olur.

Bunun gibi bir kimse bir depoyu delip içindeki yağı telef etse o kimse mübaşeretden depoyu ve tesebbüben yapı itlaf etmiş olur. 887 ve 888. maddelere bak.

Bir işte fail-i mübaşir yani bizzat fail ile mütesebbib bir araya geldiğinde hüküm o faile yani fail-i mübaşire izafe edilir. 925. maddede açıklandığı gibi biri bir şeyin telefine sebep olan bir iş yapmış olduğu halde araya ihtiyari bir fiil girse yani başka bir kimse o şeyi mübaşeretden itlaf etse o ihtiyari fiilin sahibi olan fail-i mübaşir zararı tazmin eder. **Mesela, birinin emr-i veliyyü’l-emr olmaksızın tarik-i âmde kazmış olduğu kuyuya diğerr birinin hayvanını ilga ile itlaf etse o yani hayvanı kuyuya bırakan kimse zamin olup kuyuyu hufr eden kimseye zamin lazım gelmez.** Zira burada kuyuyu kazan mütesebbib, hayvanı kuyuya bırakan fail-i mübaşirdir. Mübaşir ile mütesebbib bir araya geldiğinde hüküm fail-i mübaşire izafe edilir.

Bunun gibi bir kimse diğeri öldürmek veya malını çalmak isteyip de başka bir kimse de onun veya malının nerede olduğunu haber vererek öldürme veya çalmaya yol gösterdiğinde, çalma ve öldürme arasında ihtiyari bir fiil girdiğinden hüküm fail-i mübaşire izafe edilir. Terettüp edecek ceza fail-i mübaşir olan kâtile ve hırsıza terettüp edip haber veren mütesebbibe terettüp etmez.

Vedianın yerini hırsıza haber veren vedia alan kimsenin tazmin etmesi, koruması gereken şeyi korumakta kusuru bulunduğuandır. Ancak fail-i mübaşir bulunmaz ise mütesebbip tazmin eder.

Ancak 924. maddede açıklandığı gibi sebep olmanın tazmini gerektirmesinde teaddi şarttır. Yani mütesebbibin bir zararı tazmin etmesi o zarara sebep olan fiili haksız olarak işlemiş olması şartına bağlıdır.

Mesela, bir kimse veliyyü'l-emrin izni olmaksızın ana yolda bir kuyu kazıp da diğeri hayvanı düşüp telef olsa burada tazmini gerektiren teaddi bulunduğu için tazmin eder. Eğer kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya diğeri hayvanı düşerek telef olsa tazmin etmez. Zira bir insanın kendi mülkünde tasarrufu teaddi değildir.

Bunun gibi 936. maddede geçtiği gibi bir kimsenin bindiği hayvan ön veya arka ayağıyla kendi mülkünde ve gerek diğeri bir yerde bir şeyin üzerine basıp da telef etse binen kimse o şeyi mübaşireten itlaf etmiş sayılarak her halde tazmin etmesi gerekir.

Madde 91- **Cevaz-ı şer'i zamane münafi olur.**

Yani şer'i cevaz bulunan yerde tazmin olmaz. **Mesela, bir adamın kendi mülkünde kazmış olduğu kuyuya birinin hayvanı düşüp telef olsa zaman lazım gelmez.** Zira kendi mülkünde kuyu kazmak caizdir. Şer'i cevaz ise zamane engeldir.

Bunun gibi Mecelle'nin 795. maddesi hükmünce vedia alan vediayi bizzat veya emini vasıtası ile geri verip teslim etmesi caizdir. Emini ile geri verip teslim ettiği halde sahibine ulaşılmaksızın teaddi ve kusur olmadan zayi olsa zaman gerekmez. Zira şer'i cevaz tazmine engeldir.

Bunun gibi 824. maddede yazıldığı gibi ariyet alanın ariyeti başkasına vedia vermesi caizdir. Bu sebeple vedia alanın elinde teaddi olmaksızın zayi ve telef olsa zaman lazım gelmez.

Bunun gibi 1500. madde hükmünce vekil veresiye sattığı malın semeni karşılığında rehin veya kefil alabilir. Fakat rehin telef veya kefil müflis olsa vekil tazmin etmez. Zira şer'i cevaz tazmine engeldir.

Madde 92- **Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur.**

Yani fail-i mübaşir müteammid olduğu takdirde hem tazmin eder hem de günahkâr olur. Mesela, bir kimse bir malı başkasının olduğunu bilerek gasp ve itlaf etse hem günahkâr olur hem de zararı tazmin etmesi gerekir. Fakat fail-i mübaşir müteammid olmasa zararı tazmin etmesi gerekirse de günahkâr olmaz. Zira "hüküm-ü hata merfudur". Bu sebeple 912. maddeden anlaşıldığına göre bir kimse diğeri gerek kendisinde ve gerek emini elinde bulunan malını kasit olmaksızın itlaf etse tazmin etmesi gerekir.

Bunun gibi yolda giderken ayağı kayarak düşüp başkasının dükkanı önündeki malları itlaf etse veya elbisesini giymek için kolunu kaldırırken birisinin tabelasını düşürüp itlaf etse tazmin

etmesi gerekir. Zira mübaşir mütammid olmasa da tazmin etmelidir. 913¹⁷⁸ ve 914.¹⁷⁹ maddelere bak.

Bu maddeden doğan meselelerden biri de hata ile diğerini öldüren kimseye öldürenin diyetinin lazım gelmesidir. Çünkü hata ile öldüren fail mübaşirdir. Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur.

Madde 93- Mütesebbib müteammid ve müteaddi olmadıkça zamin olmaz.

Yani bir zararın meydana gelmesine sebep olan fiili işleyen kimse o zarara sebep olmak kastıyla ve haksız olarak yapmış değil ise o zararı tazmin etmez. Mesela, birinin hayvanı bir kimseden ürküp de kaçarak kaybolursa tazmin gerekmez.

Bunun gibi bir avcı ava ateş edip de sesinden birisinin hayvanı ürküp firar ederken düşüp telef veya bir tarafı sakat olsa tazmini gerekmez. Çünkü teammüd ve teaddi yoktur.

Ancak mütesebbib, müteammid olursa ve 924. maddede yazılı olduğu gibi teaddi bulunursa yani mütesebbib zarara sebep olan fiili haksız olarak işlemiş olursa o zararı tazmin eder.

Mesela, bir kimse diğerinin hayvanını kasten ürkütüp de kaçırarak kaybolmasına sebep olsa tazmin eder. Avcı birisinin hayvanını ürkütmek kastıyla ateş edip de hayvan ürküp kaçarken düşüp telef veya bir tarafı sakat olsa tazmin eder. 923. maddeye bak.

Bunun gibi 922. maddede açıklandığı gibi biri diğer kimsenin elbisesine sarılıp mücadele ederken o kimsenin üzerinden bir şey düşüp telef olsa ya da sakatlırsa sarılan kimse tazmin eder.

Bunun gibi bir kimse diğerinin tarla ve bahçesinin suyunu haksız yere kapatıp da ürünler kuruyup telef olsa o kimse tazmin eder.

Bunun gibi bir kimse diğerinin ahırının kapısını açıp da içindeki hayvan kaçarak kaybolursa veya kafesin kapısını açıp da içindeki kuş uçsa tazmin eder. Zira bu meselelerin hepsinde hem teaddi ve hem de tammüd olduğundan mütesebbibin tazmini gerekmektedir.

Madde 94- Hayvanatın kendiliğinden olarak cinayet ve mazarratı hederdir.

Yani insanın dışında kalan canlıların kendiliğinden yani sahiplerinin zulmü, kusuru ve tesebbübü olmayarak verdikleri zarar ve ziyanları heder olur, yani tazmini gerekmez.

Mesela, bir kimse hayvanını diğer kimsenin mülküne onun izniyle girdirip bir zarar verse sahibinin zararı tazmin etmesi gerekmez.

Bunun gibi hayvan sahibinin bağlamaya hakkı olan bir yerde bağlı olup da kendiliğinden ipten boşanıp başkasının malını itlaf etse sahibinin zararı tazmini gerekmez.

Bunun gibi 937. madde hükmünce sahibi atını zapt edemeyip bir zarar verse tazmini gerekmez. Zira bu zararlar hayvanatın sahiplerinin zulmü, kusuru ve tesebbübü ile olmayıp kendiliğindedir. Hayvanların kendiliğinden yaptıkları öldürme ve verdikleri zararların tazmini gerekmez. Ancak hayvanın verdiği zarar kendiliğinden olmayıp sahibine nispet olunabilecek şekilde meydana gelirse yani sahibinin zulüm, kusur ve tesebbübü ile olursa o takdirde zararı tazmin etmesi gerekir.

¹⁷⁸ Madde 913- “Birinin ayağı kayıp da düşerek aharın malını itlaf etse zâmin olur.”

¹⁷⁹ Madde 914- “Bir kimse kendi malı zannıyla diğerin malını itlaf etse zâmin olur.”

Mesela, bir kimse hayvanını diğerinin ekinine girdirip itlaf etse zararı tazmin etmesi gerekir. Yine bir hayvan başkasının malını telef ederken sahibi görüp de engel olmazsa zararı tazmin eder. Bir de azgın bir köpek gibi zarar vereceği aşikâr olan bir hayvan olup da sahibine çevredekiler tarafından, “hayvanına sahip çık” denilmiş iken sahibi salıverip de bir kimsenin hayvanını veya malını telef etse zararı tazmin etmesi gerekir. Nitekim 929. maddede açıklanmaktadır.

Bunun gibi bir kimsenin mülküne kendi izni olmadan diğer kimse hayvanını girdirse, gerek binsin gerek sürsün ve gerekse hayvanın yanında bulunmasın her halde verdiği zararı tazmin etmesi gerekir.

Bunun gibi bir kimse ana yolda hayvanına binerek veya sürerek geçerken o hayvanın çarpmasından meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir.

Bunun gibi bir kimse ana yolda hayvanını durdursa ya da bağlasa gerek ön ve gerek arka ayağıyla olsun veya diğer bir şekilde zarar versin o kimse her halde o hayvanının cinayetinden doğan zararı tazmin eder. 931¹⁸⁰, 932¹⁸¹ ve 934.¹⁸² maddelere bak.

Madde 95- **Gayrın mülkünde tasarrufla emretmek batıldır.**

Mülkün tanımını 125. madde yer almaktadır.

Yani bir kimsenin malik olduğu şey gerek ayn ve gerek menfaat olsun onun tarafından vekaleti veya onun üzerine velayeti olmaksızın başkasının o şeyde tasarrufu batıl olduğu gibi o şeyde bunun gibi vekaletsiz ve velayetsiz tasarrufla diğer bir kimseye emir vermek de batıldır. Mesela, bir kimse “şu malı denize at” deyip de emredilen de başkasının malı olduğunu bilerek atsa sahibi o malı atana tazmin ettirir. Mücbir olmadıkça emredene bir şey gerekmez. Çünkü bir

¹⁸⁰ Madde 931- “Bir kimse diğerinin mülküne hayvanını idhal ettikte sahibinin izni ile idhal etmiş ise kendi mülkünde bulunmuş gibi addolunarak madde-i anifede beyan olunan suretlerde hayvanının cinayetini zâmin olmaz.

Ve eğer sahibinin izni olmaksızın idhal etmiş ise gerek râkib olsun ve gerek kaide yani yedici ya saik yani sürücü olsun ve gerek hayvanın yanında bulunmasın her halde ol hayvanın ettiği zarar ve ziyânı zâmin olur. Amma hayvan boşanıp da kendiliğinden olarak birinin mülküne duhul ile bir zarar etse sahibi zâmin olmaz.”

¹⁸¹ Madde 932- “Herkesin tarik-i âmmde hayvanı ile dahi mürura hakkı vardır.

Binaenaleyh bir kimse tarik-i âmmde hayvanına râkib olup giderken mümkünü't-teharruz olmayan zarar ve ziyânını zâmin olmaz.

Mesela, hayvanın ayağından toz ve çamur sıçrayıp da diğerinin elbisesini lekeder eylese yahut ayağı ile tepip veya kuyruğu ile çarpıp da bir zarar etse zamân lazım gelmez. Amma müsademesinden ya ön ayağı ile yahut başı ile çarpmasından vukua gelen zarar ve ziyânı râkib olan kimse zâmin olur.”

¹⁸² Madde 934- “Bir kimsenin tarik-i âmmde hayvanını durdurmaya yahut bağlamaya hakkı yoktur.

Binaenaleyh bir kimse tarik-i âmmde hayvanını durdursa yahut bağlasa gerek ön veya arka ayağı ile tepsin ve gerek sair suretle zarar etsin ol kimse herhalde ol hayvanın cinayetini zâmin olur. Amma at pazarı ve kira beygirlerinin durduğu mahaller gibi hayvan durmaya i'dad ve tayin olunmuş olan yerler müstesnadır.”

kimsenin emri ancak kendi mülkü hakkında geçerlidir. 1510. ¹⁸³ maddeye bak. Meğer ki emreden mücbir olsun. 1008. maddeye bak. ¹⁸⁴

Bunun gibi bir kimse borçlusuna, “benim sendeki alacağımı dilediğine ver veya denize at” deyip de borçlu da birine verse veya denize atsa borçtan kurtulmuş olmaz.

Zira borç borçlunun malıyla ödeneceğinden borçlunun bir şahsa verdiği veya denize attığı para kendi malıdır. Alacaklı henüz kabzetmediği için ona malik olmamıştır. Bu şekilde alacaklının emri kendi malı hakkında olmayıp başkasının yani borçlunun malı hakkında olduğundan batıldır. Ancak bir kimsenin kendi malında tasarrufu sahih olduğu gibi kendi mülkünde tasarrufla başkasına emretmesi de sahihtir.

Mesela, bir kimse diğerine “bu elbisemi kes veya suya at” demesiyle o kimse de kesse veya suya atsa, daha sonra emreden kimse pişman olup diğerine zararı tazmin ettiremez.

Bunun gibi velayet ve vekalet ile başkasının mülkünde tasarrufa kadir olanlar o mülkte tasarrufla emredebilirler.

Mesela, küçüğün veli veya vasisi küçüğün mülkünde tasarruf edebileceği gibi başkasına da tasarrufla emredebilir. Vekaletle bir mülkte mutasarruf olanlar da müvekkil tarafından diğerini tevkile izinli iseler o mülkte tasarrufa başkasını tevkil edebilirler.

Ancak müvekkil tarafından izin verilmemişse tasarrufla emredemezler. Çünkü velayetsiz ve vekaletsiz başkasının mülkünde tasarrufla emretmek batıldır. 96. maddenin şerhine bak.

Madde 96- Bir kimsenin mülkünde onun izni olmaksızın ahar bir kimsenin tasarruf etmesi caiz değildir.

Yani bir kimsenin mülkünde onun izin ve icazeti ve onun üzerine velayeti olmaksızın ve zaruret bulunmaksızın başka bir kimsenin tasarrufu caiz olmaz.

Bu sebeple bir kimse diğerinin evine onun izni olmaksızın veya zaruret bulunmaksızın giremez.

Bir malı satma, kiralama ve hibe etmenin nefazı satıcı, kiralayan ve hibe edenin o mala malik veya sahibinin vekili ya da velisi veya vasisi olmasına bağlı olması bu kuraldan doğmaktadır. Madde metninde “onun izni olmaksızın” denilmesiyle ve şerhinde onun üzerine velayeti olmaksızın ve zaruret bulunmaksızın tabir olunmasıyla işaret olduğu gibi bir kimsenin mülkünde onun açıkça veya delalet ile izin vererek başkasının tasarruf etmesi caiz olur.

Bunun gibi sahibinin velisi veya vasisi o mülkte tasarruf edebilir.

Bunun gibi zaruret bulunduğu takdirde başkasının mülkünde tasarruf caiz olur. Zira “mevaki-i zaruret kavaid-i umumiyyeden müstesnadır”. Mesela, bir kimse sefer sırasında öldüğünde eşi onun malını satarak semeninden öleni teçhiz ve tekfin ile kalanını ölen kimsenin mirasçılarına teslim etmesi caizdir.

¹⁸³ Madde 1510- “Bir kimsenin emri ancak kendi mülkü hakkında câri olur.

Mesela, bir kimse şu malı denize at deyip de memur dahi anı başkasının malı olduğunu bilerek atsa sahibi ol malı atana tazmin ettirir, mücbir olmadıkça âmire bir şey lazım gelmez.”

¹⁸⁴ Madde 1008- “Esbab-ı şuf'a üçtür: evvelkisi nefis-i mebi'de müşarık olmaktadır; nitekim iki kimsenin bir akârda şayan iştirakleri gibi. İkincisi hakk-ı mebi'de halit olmaktadır. Nitekim hakk-ı şirb-i has ve tarik-i hasta iştirak gibi.

Mesela, hakk-ı şirb-i hâsta iştirakleri olan bahçelerden birisi satıldıkta diğer bahçeler ashâbı hep şefi' olurlar. Gerek câr-i mülâsik olsunlar ve gerek olmasınlar...

Üçüncüsü, mebi'e câr-i mülâsik olmaktadır.”

Bunun gibi bir kimse karısını veya geçimi sağlamakla sorumlu olduğu anne babasını veya çocuğunu nafakasız terk edip de başka yere göçtüğünde eşi veya anne babası ya da çocuğu o adamın kendi yanlarında vedia olan parasından nafakalarına yetecek kadarını harcasalar onlara istihsanen tazmin gerekmez.

Bunun gibi kadıya ilam ve ihbar mümkün olmayan yerde vedia alan vedia verenin anne babasını izni olmaksızın vedia olan maldan infak etse istihsanen tazmini gerekmez.

Bunun gibi fakir olan bir kimse zengin olan oğlunun malından izinsiz kendi nafakasına yetecek kadarını sarf etse oğlu babasına o miktarı tazmin ettiremez.

Bunun gibi hastanın oğlu ya da babası hastanın malında onun izni olmaksızın hastaya lazım olan şeyleri satın alabilir.

Madde 97- Bila sebab-i meşru' birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi caiz olmaz.

Bu sebeple bir kimse meşru bir sebep olmaksızın birinin malını gasp ve hırsızlık yoluyla veya rüşvet olarak almış olsa o kimse zalim ve gâsıp olur. 31. maddenin şerhinde açıklandığı gibi haksız yere kabz eylediği mal, aynı şekilde duruyorsa sahibine iade edilir.

Eğer telef olmuş ise misli mallardan olduğu takdirde mislini, misli olmayan mallardan ise değerini tazmin etmesi gerekir. Ancak temlik ifade eden satım ve hibe gibi meşru bir sebep bulunursa veya zaruret olursa bir kimsenin diğerinin malını alması caiz olur. Mesela, açlıktan telef olmak derecesine gelmiş olan kimsenin daha sonra bedelini vermek üzere başkasının malını izinsiz alıp yemesi caiz olur. Geçen maddenin şerhine bak.

Madde 98- Bir şeyde sebab-i temellükün tebeddülü o şeyin tebeddülü makamına kaimdir.

Yani bir şeyin temellük sebebi değişse o şey de değişmiş sayılır. Mecelle'nin 1248. maddesinde yazılı olduğu üzere temellük sebebi üçtür.

Birincisi, satım ve hibe gibi mülkiyetin bir mülkten diğer mülke geçmesini sağlar.

İkincisi, mirasçılık gibi bir kimsenin diğerine halef olmasıdır.

Üçüncüsü, maliki olmayan mübah bir şeyi ele geçirmektir. Bu da ya gerçekten olur ki gerçekten bir şeyi elde etmektir. Ya da hükmi olarak bir şeyi elde etmektir ki yağmur suyu biriktirmek için bir kap koymak ve av için tuzak kurma gibi sebebini hazırlamakla olur.

Şimdi bir kimse bir malını diğer kimseye hibe ve teslim etse engel olmadığı halde hibesinden dönerek hibe edilenin rızası ya da hakimin kazası ile hibe edilen malı geri alabilir. Fakat Mecelle'nin 870. maddesi hükmünce hibe edilen kimse hibe edilen malı diğerine satıp teslim ederek mülkünden çıkarmış ise hibe eden kimse hibesinden dönemez. Çünkü hibe edilen kimse hibe edilen malı başkasına satmakla o mal hakkında temellük sebebinin değişmesi onun değişmesi makamına kaim olur. Yani nasıl ki hibe edilen şeyin aynının değişmesi ile hibe edenin hibesinden dönmesine mahal kalmaz. Bunun gibi hibe edilen malda temellük sebebinin değişmesi şeklinde de rucu'a yetkisi kalmaz. Zira bir şeyde temellük sebebinin değişmesi o şeyin değişmesi makamına kaimdir.

Bunun gibi hibe edilen kimse ölüp de hibe edilen mal mirasçısına kalırsa hibe eden kimse hibesinden rucu' edemez.

Madde 99- Kim ki bir şeyi vaktinden evvel isti'cal eyler ise mahrumiyetiyle muateb olur.

Mesela, bir kimse mirasa bir an evvel kavuşmak için miras bırakanı öldürse, öldürülenin mirasından mahrum kalır. Öldürme gerek amd olsun ve gerek şibh-i amd olsun gerekse hata ile olsun katilin mirastan mahrumiyeti gerekir.

Fakat tessebbüb ile öldürmede katil gerçekten katil olmadığından mirastan mahrum olmaz. Bu sebeple bir kimsenin başkasının mülkünde kazmış olduğu kuyuya miras bırakan kimse düşüp de telef olsa her ne kadar o kimse miras bırakanın diyetini vermeli ise de mirasından mahrum olmaz.

Bunun gibi katil çocuk veya deli olursa mirastan mahrum olmayacakları gibi bir kimse mirasını nefsi müdafaa için öldürmüş veya hakkındaki şer'i hüküm sebebiyle kısas olarak katletmiş olsa mirasından mahrum olmaz.

Madde 100- Her kim ki kendi tarafından tamam olan şeyi nakz etmeye sa'y ederse sa'yi merduddur.

Yani bir kimse, tamamladığı şeyi eksiltmeye çalışırsa çalışması reddedilir. Mesela, bir kimse falanı bütün davalardan ibra ettim veya onda asla hakkım yoktur, diye ibra-yı âm ile ibra etse ibradan önce hiçbir hak talep edemez. Ederse mesmu' olmaz.

Bunun gibi 989. maddede açıklandığı gibi bir mürahık¹⁸⁵ veya mürahıka¹⁸⁶, hakim huzurunda kendisini bülüğa ulaştığını ikrar ettiğinde vücudunun bülüğa ulaşmaya uygun olduğu anlaşılırsa tasdik edilir. Böylece onun sözleşmeleri ve ikrarları nafiz ve geçerli olur. Bir müddet sonra "ben ikrarda bülüğa ermiş değildim" diye ikrardan sonra meydana gelen sözlü tasarruflarını fesh etmek isterse ona itibar edilmez.

Yine 1024. madde hükmünce şuf'a hakkı sahibinin meydana gelen satıma açıkça veya delalet ile rızası olmamalıdır. Mesela, satım sözleşmesini işittiğinde, pekala, dese şuf'a hakkı düşer. Bunun gibi satımı işittikten sonra şuf'a konusu akarı müşteriden satın almak veya kiralamak istese şuf'a hakkı düşer.

Bunun gibi bir kimsenin satımına vekil olup da sattığı akarda şuf'a hakkı olamaz.

Yine 1658. maddede yazılı olduğu gibi bir kimse bir sözleşmenin kendisi tarafından tam ve sahih bir şekilde yapıldığını ikrar ederek bu ikrarı senede bağladıktan sonra dönüp de o sözleşmenin vefa ile veya fasit olarak kurulduğunu iddia etse davası dinlenmez. Zira her kim kendi tarafından tamam olan şeyi nakz etmeye çalışırsa reddedilir.

¹⁸⁵ Mürahık: Bülüğ çağına ulaşmış erkek çocuk.

¹⁸⁶ Mürahıka: Bülüğ çağına ulaşmış kız çocuğu.